المذكرة الايضاحية

للاقتراح بمشروع القانون المدنى

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية

مشروع تقنين احكام
الشريعة الاسلامية
فى المعاملات المدنية
خطة عمـل

بسم الله تبـارك وتعـالى ، وبوحى من ايمـان عميق بأن مبـادىء الشريعة الاسلامية هى التى أرادها الله جلت قدرته لكى تكون أساسـا صالحا لتنظيم مجتمع يستند الى دعامة قوية من الخلق والفضيلة والاخوة والتضامن الذى يكفل القوة والمنعة والتقدم والازدهار ، نضع خطـة عمل لتقنين أحكام هذه الشريعة فى المعاملات المـالية على النحو التالى :

١ ـ تستقى أحكام هذا التقنين من مبادىء الشريعة الاسلامية كما وردت فى الفقه الاسلامى بجميع مذاهبه ، مع مراعاة التنسيق بين هذه الأحكام حفاظا على وحدة التقنين وتجانس أحكامه وانسجام بعضها مع البعض الاخر ٠

٢ ـ يتحاشى النص على أى حكم يتضمنه القانون الوضعى ويكون مخالفا لحكم قطعى من أحكام الشريعة الاسلامية ٠

٣ ـ يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما أصابه من تقدم ، وذلك فى ضوء تطور المجتمع الاسلامى وتقدم الفكر الانسانى ٠

٤ ـ يستفاد من التقنينات التى وضعت فى البلاد العربية والاسلامية واخذت من الشريعة الاسلامية ٠

٥ ـ يستفاد من الجهـود الفقهية التى بذلت فى اعـداد مشرعات لتقنينات أعدت على هدى أحكام الشريعة الاسلامية ٠

التقنينات والأعمال الفقهية التى أخذت من الشريعة الاسـلامية

١ ـ المجلة ، وهى التى يطلق عليها مجلة الأحكام العدليـة ، وهى أول تقنين لأحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية ، وضـعت فى عهـد الدولة العثمانية وصـدرت على دفعات من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٩٧٦ ٠ واستمدت أحكامها من المذهب الحنفى ٠ وكانت مطبقة فى البلاد العربية التى خضعت للحكم العثمانى ما عدا مصر ٠

٢ ـ مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، وهو عمل فقهى قام به محمد قدرى باشا ، يتضمن مشروع تقنين لأحكام الشريعة الاسلاميـة فى المعاملات المـالية وفقا للمذهب الحنفى ٠ وكانت أول طبعة له فى سنة ١٣٣٨ هجرية ٠

٣ ـ التقنين المدنى العراقى الذى صدر فى سنة ١٩٥١ وجمع فيـه الشارع العراقى بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية ٠

٤ ـ التقنين المدنى الأردنى الذى صدر فى سنة ١٩٧٦ وجمع فيـه الشـارع الاردنى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية ٠

٥ ـ مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية التى أعدت بأشراف مجمع البحوث الاسلامية وفقـا للمذاهب الاسـلامية ، الحنفى والشـافعى والحنبلى والمالكى ، كل على حدة ٠

٦ ـ نظرية الالتزامات فى التقنين التجارى الكويتى الصادر فى سنة ١٩٦١ والتى جمع فيها الشارع الكويتى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية على غرار التقنين المدنى العراقى ٠

٧ ـ التقنينات المدنية العربية الأخرى ٠ وهى التقنين المصرى الصادر فى سنة ١٩٤٨ والتقنين السورى الصادر فى سنة ١٩٤٩ والتقنين الليبى الصادر فى سنة ١٩٥٣ ، وقد أخذت هذه التقنينات فى القليل من قواعدها بأحكام الشريعة الاسلامية وفى أغلب قواعدها بأحكام القوانين الغربية ٠

٨ ـ التقنين الكويتى الصادر فى سنة ١٩٨٠ والذى جمع فيـه الشارع الكويتى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاه من القوانين الغربية ٠

٩ ـ أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التى استغرقت اعمالها ما يقرب من خمس سنوات من سنة ١٩٦٢ الى سنة ١٩٦٦ ٠

بـاب تمهيدى
احكام عامة

يحسن أن ينقسم الباب التمهيدى على خلاف التقنين المدنى الحالى ، الى أربعة فصول :

الفصل الأول عنوانه « القانون وتطبيقه » ٠ وفى هذا الفصل يرد أولا النص الخاص بمصادر القانون ، ثم النص الخـاص بالالغاء ، ثم النص الخاص باعتبار الأحكامالشرعية القطعية من النظام العـام ، ثم النص الخاص بالمواعيد ، وبعد ذلك ترد النصـوص الخاصـه بتطبيق القانون من حيث الزمان على أن يكون لها عنوان جانبى على نسق التقنين الحالى ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القـانون من حيث المكان على أن يكون لها عنوان جانبى على نسق التقنين الحالى ٠

بعد ذلك يبـدأ الفصل الثانى وعنوانه « استعمال الحق » وترد فيه النصوص الخاصة بنظرية التعسف ٠

بعد ذلك يرد الفصل الثالث وعنوانه « الأشخاص » ٠ ويلى هـذا العنوان عنوان فرعى رقم ١ وهو « الشخص الطبيعى » ٠ وتحت هذا العنوان الفرعى يرد أولا النص الخاص ببدء الشخصية ونهايتها والحمل المستكن والمفقود والغائب ، ثم النص الخاص باثبـات وقائع الحـالة المدنيـة ، ثم النص الخاص بالاسم ، ثم النص الخـاص بالاعتـداء على الاسم ، ثم النص الخاص بالأسرة والأقرباء ، ثم النصوص الخاصـة بالقرابة ، ثم النص الخـاص بالجنسـية ، ثم النص الخـاص بحقوق الشخصية ، ثم النصوص الخاصة بالاهلية ، ثم النصوص الخـاصة

بالموطن . بعد ذلك يأتي عنوان فرعي آخر رقم ٢ هو « الشخص الاعتباري » ، وتحت هذا العنوان ترد النصوص الخاصة بالشخص الاعتباري .

وبعد ذلك يأتي الفصل الرابع وعنوانه « تقسيم الأشياء والأموال » .

الفصل الأول

القانون وتطبيقه

١ ـ القانون

(مادة ١)

١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية . ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية .

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، يحكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية .

تقابل المادة الأولى من التقنين الحالي ، وهي تجرى على النحو الآتي :

« ١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وقد أدخلت عليها التعديلات الآتية :

أولا ـ استبدلت في الفقرة الأولى عبارة « بطريق من طرق الدلالة الشرعية » بعبارة « في لفظها أو فحواها » لكي تشمل جميع طرق الدلالة الشرعية وفقا لما هو مقرر في علم الأصول .

ثانيا ـ أضيف الى الفقرة الأولى عبارة :«ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية » . وذلك على اعتبار أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، ومن ثم فان مقاصدها يجب أن تكون هي رائد القاضي في التفسير .

ثالثا ـ في الفقرة الثانية استبدل لفظ « يحكم » بلفظ « حكم » توخيا للدقة في التعبير .

رابعا ـ استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « مبادىء الشريعة الاسلامية » بعبارة « فاذا لم توجد فمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ، حيث أن مبادىء الشريعة الاسلامية تستوعب قواعد العدالة .

ومن الواضح في تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة أن الحكم المستفاد من النص ، سواء كان ثابتا من عبارته ، أو كان ثابتا من اشارته أو دلالته أو اقتضائه ، انما يرجع في فهمه الى قواعد أصول الفقه الاسلامي .

ويراعى في تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة أن أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام . ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام . كما أن اجتهاده في ضوء مبادىء الشريعة الاسلامية ، عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر المذكورة ، يجب ألا يكون فيه خروج على هذه الأحكام .

وجدير بالذكر أن المادة الأولى من التقنين المدني السوري ، وكذلك المادة الثانية من التقنين المدني الأردني ، في تعدادهما لمصادر القانون، ذكرتا العرف في الترتيب بعد مبادىء الشريعة الاسلامية . غير انه يلاحظ أن تقديم العرف على مبادىء الشريعة الاسلامية يتفق تماما مع هذه المبادىء لما للعرف فيها من اعتبار ، فالعرف في الشريعة الاسلاميه مصدر للاحكام الشرعية ، ومن القواعد الفقهية المأثورة أن العادة محكمة، وأن التقنين بالعرف كالتقنين بالنص ، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

(مادة ٢)

لا يلغى نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده ذلك التشريع .

تطابق المادة (٢) من التقنين الحالي فيما عدا التعديلين الآتيين :

أولا ـ استبدال عبارة «لا يلغى» بعبارة «لايجوز الغاء» ، لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع ، ولا محل لتوجيه النهي الى القاضي فهو لا يقوم بالغاء التشريع .

ثانيا ـ استبدال عبارة « نظم قواعده » بعبارة « قرر قواعده » لأن الواضح أن التشريع الملغى كان ينظم الموضوع تنظيما كاملا ولم يقتصر على تقرير قواعده .

ويتفق النص المقترح مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه .

(مادة ٣)

تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن لم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام .

يلاحظ أن المعنى المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية في النص المقترح هو المعنى الذي يأخذ به الأصوليون . فالحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر على النصوص الواردة بالكتاب والسنة ، وانما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من اجماع أو قياس أو غيرهما. فهذه الأدلة الأخرى في حقيقتها خطاب من الشارع غير مباشر .

ويعتبر الحكم الوارد في النص نتيجة لازمة لما نص عليه الدستور من اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. حيث يعتبر متعلقا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند الى دليل من أدلة الشريعة القطعية،

(مادة ٨)

١ ـ تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بعدم سماع الدعوى من وقت العمل بها على كل مدة لم تكتمل .

٢ ـ على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء مدة عدم سماع الدعوى ووقفها وانقطاعها ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

تقابل المادة ٧ من التقنين الحالى والمادة ٧ من التقنين الأردنى والمادة ١/١٢ من التقنين العراقى مع استبدال عبارة «عدم سماع الدعوى» بلفظ «التقادم» ، وذلك مراعاة للقاعدة الشرعية التى تقضى بعدم سقوط الحقوق بمضى الزمن وانما لا تسمع الدعوى بها .

(مادة ٩)

١ ـ اذا قرر النص الجديد مدة لعدم سماع الدعوى اقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢ ـ أما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان مدة عدم سماع الدعوى تتم بانقضاء هذا الباقى .

تقابل المادة ٨ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢ من التقنين العراقى والمادة ٨ من التقنين الأردنى ، مع استبدال عبارة « مدة عدم سماع الدعوى » بلفظ « التقادم » للسبب الذى تقدم ذكره .

(مادة ١٠)

١ ـ تسرى فى شأن الادلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده .

٢ ـ وتسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل او الحادث الواجب توافره لقيام القرينة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٩ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية فهى فقرة مستحدثة . وقد وردت فى المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها . غير أنه من المفيد اضافة هذه الفقرة لان وظيفة القرينة القانونية هى تخفيف عبء الاثبات على من يتمسك بها وذلك بتغيير محل الاثبات ، حيث ينتقل الاثبات من الواقعة التى يراد اقامة الدليل عليها الى واقعة أخرى أسهل فى الاثبات فيكون ثبوت هذه الأخيرة دليلا على ثبوت الأولى . ومن ثم فان القرينة القانونية لا تختلف فى الجوهر عن الأدلة المهيأة التى تناولتها الفقرة الأولى .

وتتفق هذه المادة مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الشخص انما يكلف طبقا للخطاب القائم وقت العمل أو التصرف الصادر منه .

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

تأتى تحت هذا العنوان المواد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان .

وجدير بالذكر أن هذه المواد تقنن عرفا دوليا جرى عليه العمل فى مصر ، وهو عرف شرعى بمعنى أنه لا يخالف حكما قطعيا فى الشريعة وتقتضيه المصلحة العامة . ويقطع فى ذلك ما تنص عليه المادة ٣٥من المشروع من أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب . ومعلوم أنه طبقا للمادة ٣ من المشروع تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية .

وفى ضوء هذين الأصلين الشرعيين ، وهو العرف والمصلحة ، يتضح السند الشرعى لتطبيق أحكام هذه المواد ، حيث أن لولى الأمر ان يختار من بين الأحكام الاجتهادية ما يراه محققا للمصلحة .

(مادة ١١)

يرجع الى القانون المصرى فى التكييف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، بما فى ذلك وصف العقار والمنقول .

يقابل هذا النص المادة ١٠ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » .

وكانت هذه المادة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على ما يأتى :

«١ ـ القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين .

٢ ـ والقانون الذى يعين ما اذا كان الشىء عقارا أو منقولا هو قانون الجهة التى يوجد فيها هذا الشىء » .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت الى الفقرة الأولى عبارة «لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » لتعيين الحدود التى يقف عندها اختصاص قانون القاضى فى التكييف ، وحذفت الفقرة الثانية لانها تتناول مسالة تفصيلية يحسن ان تترك للاجتهاد .

وهذا النص يبقى على قاعدة خضوع التكييف اللازم لاعمال قواعد الاسناد لقانون القاضى ، وهى القاعدة المسلمة تشريعا وقضاء فى مختلف البلاد ولدى جمهور الفقه . غير أنه ، على خلاف نص التقنين الحالى ، يطلق تلك القاعدة فى خضوع التكييف للقانون المصرى بحيث يتناول حكمها وصف العقار والمنقول بدل أخضاع هذا الوصف لقانون موقع المال ، وذلك لحسم الخلاف القائم فى الفقه فى هذا الشأن ومراعاة لما لهذا الوصف من أثر فى تعيين قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق .

كذلك اسقط من هذا النص عبارة «تكييف العلاقات» الواردة فى نص التقنين الحالى ، لأن التكييف كما ينصب على « علاقة » قد ينصب على واقعة أو قاعدة قانونيه أو مال ·

والمادة المقترحة بالتعديل الذى تضمنته يتفق مع الأصل المقرر فى الشريعة الاسلامية من أنها المرجع فى تحديد الوصف الشرعى لما يعرض له القاضى ·

(مادة ١٢)

يسرى على الحالة المدنية للشخص واهليته قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته · ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تتم فى مصر وتترتب آثارها فيها ، اذا كان من باشر التصرف اجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصرى ، فان هذا القانون هو الذى يسرى ·

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة اولى من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى : « الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم · ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » ·

والنص المقترح يبقى على القاعدة العامة فى خضوع الحالة المدنية للشخص واهليته لقانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته · ولكنه يطلق الاستثناء من هذه القاعدة فى شان التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، دون تقييد هذا الاستثناء بشرط كون نقص اهلية العاقد الأجنبى يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، وهو الشرط الوارد فى التقنين الحالى اتفاقا مع الفقه الفرنسى فى فكرة المصلحة الوطنية التى اعتبرها بعض المشرعين ، كالمشرع الايطالى والمشرع البولونى والمشرع الألمانى ، غير كافية لحماية سلامة المعاملات فى الدولة · وعلة هذا التعديل تامين سلامة المعاملات التى تتم وتنفذ فى مصر ·

(مادة ١٣)

يسرى على النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى · ومع ذلك فاذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسى فى مصر ، فان القانون المصرى هو الذى يسرى ·

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى : « أما النظام القانونى للاشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى · ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى » ·

والنص المقترح يبقى على القاعدة الواردة فى المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالى مع حذف كلمة « الأجنبية » لعدم الحاجة اليها وحتى لا تبدو قاعدة الاسناد خاصة بجانب معين ، ومراعاة للتمييز بين مسالة جنسية الشخص الاعتبارى ومسالة القانون الواجب التطبيق على نظامه القانونى · كذلك حذفت عبارة « من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها » لعدم الحاجة اليها ·

(مادة ١٤)

تسرى على الخطبة قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج المنصوص عليها فى المواد التالية ·

هذا نص مستحدث يبين قواعد الاسناد الخاصة بالخطبة محيلا فى شانها على قواعد الاسناد الخاصة بالزواج من حيث شروطه الموضوعية وشكله وآثاره ، والحالة التى يجب فيها تطبيق القانون المصرى · فهو بذلك يسد نقصا فى التقنين الحالى · وتبدو أهميته فى أن للخطبة فى وآثارها ·

اما الأضرار التى تنجم عن أعمال ملابسة للخطبة فانها تخضع للقانون الذى يحكم الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة ، وهو قانون مكان وقوع الفعل ·

(مادة ١٥)

يسرى على الشروط الموضوعية للزواج قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج ·

يقابل هذا النص المادة ١٢ من التقنين الحالى وهى تنص على ما يأتى:

« يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » · ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع بعض تعديلات لفظية واضافة عبارة « وقت انعقاد الزواج » زيادة فى الايضاح لبيان الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر الى جنسية كل من الزوجين ·

(مادة ١٦)

تخضع آثار الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، على أنه اذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما على الآثار الشخصية للزواج ·

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة أولى من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال » ·

والنص المقترح يبقى على حكم هذه المادة فى خصوص عدم التفريق فى قاعدة الاسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج من حيث خضوعها جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج . غير أنه يعدل هذا الحكم بالنسبة الى الآثار الشخصية للزواج فى حالة تغيير جنسية الزوج بعد الزواج بحيث تتحد جنسية الزوجين ، فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة على الآثار الشخصية وحدها . وبمقتضى هذا التعديل أصبح للآثار الشخصية للزواج حكم متميز عن الآثار المالية متى توافر شرط اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج . والمقصود بهذا التعديل هو اعمال الأثر المباشر لقانون الجنسية الجديد بالنسبة الى آثار المراكز القانونية فى حالة تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج بحيث أصبح هو وزوجه من جنسية واحدة . أما النظام المالى للزوجين فلا يتأثر بهذا التغيير اعمالا لقاعدة عدم تأثر المراكز العقدية بقانون الجنسية الجديد .

(مادة ١٧)

يسرى على الطلاق قانون الزوج وقت الطلاق .

ويسرى على التطليق والتفريق بين الأجسام قانون الزوج وقت رفع الدعوى .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« أما انطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق . ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى » .

ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع تعديل فى الصياغة بايراد عبارة « قانون الزوج » بدل عبارة « قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج » توخيا للايجاز ، وايراد عبارة « التفريق بين الأجسام » بدل عبارة « الانفصال » توخيا لزيادة البيان .

(مادة ١٨)

فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ اذا كان احد الزوجين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ،يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

يقابل هذا النص المادة ١٤ من التقنين الحالى ، وهى تنص على أنه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج » .

ولا يأخذ النص المقترح بما يأخذ به التقنين الحالى من الاعتداد بوقت الزواج لبيان حالات انفراد القانون المصرى بحكم شروط انعقاد الزواج وشكله وآثاره وانحلاله ، وذلك تمكينا لاعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى حالة تغيير الجنسية ، ولاستبعاد صورة لا تكون فيها أية مصلحة لتطبيق القانون الوطنى ، وذلك عندما يكون أحد الزوجين مصريا وقت الزواج ثم يصبح الطرفان أجنبيين بعد الزواج ، ولامكان تطبيق القانون الوطنى فى صورة لا يسمح النص الحالى بتطبيقه فيها ، وذلك عندما يكون الزوجان اجنبيين وقت الزواج ثم يصبح أحدهما مصريا بعد الزواج .

(مادة ١٩)

١ ـ يسرى قانون الأب وقت ميلاد الولد على البنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع ، بما فى ذلك الولاية على النفس . فاذا توفى الأب قبل ميلاد الولد يسرى قانون الأب وقت الوفاة . واذا كان الأب مجهولا سرى قانون الأم .

٢ ـ ويسرى على تصحيح النسب بالزواج قانون الأب وقت تصحيح النسب .

٣ ـ على أنه اذا كان احد الأبوين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الفقرتين السابقتين، كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق .

كانت المادة ٣١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى التى أصبحت المادة ١٥ من المشروع النهائى فى لجنة المراجعة ، تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والاقرار بالبنوة وانكارها » . ثم رأت اللجنة حذفها لانها اثر من آثار الزواج يسرى عليه قواعد الزواج وفقا للقواعد العامة .

كما كانت المادة ٣٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الولد على المسائل الخاصة باثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار » . ثم حذفتها لجنة المراجعة لانها قد تحمل الولد الطبيعى لأب قد لا يسمح قانونه بذلك .

وتبين المادة المقترحة ، وهى مادة مستحدثة ، القانون الواجب التطبيق فى مسائل لها أهميتها العملية فى مجال تنازع القوانين . حيث تبين الفقرة الأولى منها القانون الواجب التطبيق فى البنوة ، سواء أكانت بنوة شرعية أم بنوة طبيعية ، والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأولاد وهو قانون الأب . ويعين النص الوقت الذى يعتد به فى تعيين هذا القانون فيجعله قانون الأب وقت ميلاد الولد ، فاذا كان الأب قد توفى قبل ميلاد الولد طبق قانون الأب وقت الوفاة ، كذلك عنى النص بذكر الولاية على النفس ازاحة للقضاء عند تطبيقه . ويفترض تطبيق قانون الأب كون الأب معروفا ، فاذا كان مجهولا وكان المراد هو ثبوت النسب من الأم أو غيره من المسائل المذكورة سرى قانون الأم ، ونص هذه الفقرة فى جملته ليس غريبا عن التشريع الوطنى ، فقد كان له نظير فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة وفى المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية . كما أنه يتفق فى شأن القانون الواجب التطبيق فى دعوى اثبات النسب مع القاعدة الواردة فى هذا الشأن فى المادة ٩٠٥ من تقنين المرافعات .

وتبين الفقرة الثانية من المادة المقترحة القانون الواجب التطبيق فى تصحيح النسب بالزواج اللاحق لميلاد الولد ، وقد كان حكمها موجودا فى اللائحة والمرسوم بقانون المشار اليه . كما أن المادة(١٣) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ذكرت تصحيح النسب بين مسائل الأحوال الشخصية .

وتقضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة بأن يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى خصوص المسائل المذكورة فى الفقرتين السابقتين اذا كان أحد الأبوين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ، حتى يتسق حكم هذه الحالة مع الحكم السابق تقريره فى خصوص خضوع آثار الزواج للقانون المصرى اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، وذلك على أساس اعتبار البنوة أثرا من آثار الزواج .

(مادة ٢٠)

يسرى على الالتزام بالنفقة للاقارب والأصهار قانون المدين بها .

يقابل هذا النص المادة ١٥ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » . وجاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن ذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به اخراج ما يعتبر من النفقات أثرا للزواج وفقا لاحكام النصوص السابقة .

وقد أوردت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ « النفقة للاقارب والأصهار » بين مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان نص المادة ١٥ من التقنين الحالى قد ذكرت النفقة للاقارب وأغفل النفقه للأصهار ، فان النص المقترح يعالج هذا النقص .

هذا الى أن المادة ٩١٩ من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار .

(مادة ٢١)

١ - يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من نظم حماية القصر والمحجورين ومن يلحق بهم قانون الشخص الذى تجب حمايته .

٢ - ومع ذلك يرجع فى شأن أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو القوامة أو الاشراف الى قانون الوصى أو القيم أو المشرف .

يقابل هذا النص المادة ١٦ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى يجب حمايته » .

ويبين النص المقترح فى فقرته الأولى أن المقصود بالولاية هى الولاية على المال ، اذ هى التى يجمعها مع الوصاية والقوامة كونها جميعا توفر النيابة عن القاصر ومن فى حكمه بما يسد عجزه عن مباشرة التصرف القانونى ، وبذلك حسم النص خلافا قام فى أحكام القضاء فى فهم المقصود بالولاية فى نص التقنين الحالى ، كما عنى المشروع بالنص فى المادة ١٩ السالفة الذكر على أن قانون الاب هو الذى يسرى على الولاية على النفس .

كما جاءت عبارة هذه الفقرة شاملة للقصر والمحجورين ومن يلحق بهم من الغائبين ومن تقررت لهم المساعدة القضائية .

وتضمنت الفقرة الثانية من النص المقترح الحكم الوارد فى المادة ١٠٠٢ فقرة ثانية من تقنين المرافعات مراعاة لمصلحة الشخص المقصود بالحماية ، ولأن المكان المناسب له بين قواعد تنازع القوانين فى التقنين المدنى لا فى تقنين المرافعات .

(مادة ٢٢)

١ - يسرى على الميراث قانون المتوفى وقت الوفاة .

٢ - واذا كان هذا القانون يحرم مصريا من نصيبه فى التركة بصفته أجنبيا ، كان له أن يستوفى نصيبه من اموال التركة الموجودة فى مصر .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالى ، وهى تقول :

« ١ - يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢ - ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

وتتضمن المادة المقترحة فى فقرتها الأولى قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث والواردة فى المادة ١٧ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتضيف حكما مستحدثا يقوم على أساس من العدل ، وله نظير فى مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى .

(مادة ٢٣)

يسرى على التركة التى لا وارث لها القانون المصرى متى كانت أموال التركة فى مصر .

هذه المادة مستحدثة ، وهى تتضمن قاعدة اسناد خاصة بالتركة التى لا وارث لها وتقع أعيانها فى مصر ، حيث تقضى وفقا لقانون المواريث

واحكام الفقه الاسلامى بأيلولة التركة الى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالا لا مالك له .

(مادة ٢٤)

١ ـ تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره .

٢ ـ أما مايتعلق بالقدر الذى تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الايصاء له ، فيخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت موته .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالى التى تقدم ذكرها . وهو يبين القانون الواجب التطبيق على الوصية مفرقا بين الشروط الموضوعية لصحتها وتلك التى تتعلق بنفاذها . ففى خصوص الشروط الموضوعية لصحة الوصية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت صدوره ، لأن هذا هو الوقت الذى ينبغى ان تتوافر فيه شروط صحة التصرف من حيث وجود الارادة والمحل والسبب وتوافر الأهلية وسلامة الارادة من العيوب ، وبذلك يحسم النص المقترح الخلاف فى تفسير نص المادة ١٧ المشار اليها التى تنص على خضوع الوصية لقانون من صدر منه التصرف وقت موته . أما نفاذ الوصية من حيث القدر الذى يجوز التصرف فيه ومن يجوز الايصاء له فهى أمور وثيقة الصله بالميراث ومن تم فهى تخضع لحكمه ، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

ويتفق الحكم الذى تضمنته الفقرة الأولى من النص المقترح من راى فقهاء المذهبين المالكى والحنبلى من حيث الاعتداد بأهلية الموصى وقت صدور الوصية ، وكان لهذا الحكم نظير فى الفقرة الثانية للمادة ٣٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى قبل تعديلها .

وفيما يتعلق بالقانون الذى يسرى على شكل الوصية ، وهو ما تحدثت عنه الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار اليها ، فقد رؤى الاكتفاء بالقاعدة الخاصة بشكل التصرفات عموما .

(مادة ٢٥)

يسرى على الحيازة والحقوق العينية فى العقار قانون موقعة .

ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الحق العينى او فقده .

يطابق هذا النص المادة ١٨ من التقنين الحالى ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث تنص هذه المادة على ما يأتى : «يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار . ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها» .

(مادة ٢٦)

١ ـ يسرى على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من اثار القانون الذى اتجهت اليه الارادة صراحة أو ضمنا . فان لم توجد سرى قانون الدولة التى تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصرى .

٢ ـ على أن التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار .

يقابل هذا النص المادة ١٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ـ يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا . فان اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه .

٢ ـ على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شان هذا العقار .

ويبقى النص المقترح على القاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من التقنين الحالى فى شان تعيين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار ، كما يبقى على الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من هذه المادة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف القانونى المتعلق بالعقار . وذلك مع مراعاة ما يأتى :

١ ـ أن النص المقترح جاء عاما فى صيغته ليتفق مع حقيقة المراد بتلك القاعدة من حيث انصرافها الى التصرف القانونى سواء أكان عقدا أم ارادة منفرده ، ومن حيث انصرافها الى الشروط الموضوعية للتصرف وما يترتب علية من آثار .

٢ ـ أنه جعل مكان الصدارة للقانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة . فان لم تصدر منهما ارادة صريحة عول القاضى على الارادة الضمنية . فان لم توجد طبق القاضى قانون محل ابرام التصرف . ولم يذكر النص قانون الموطن المشترك للمتعاقدين باعتبارة داخلا فى نطاق الارادة الضمنية ، ثم أن قانون الموطن المشترك غالبا ما يكون هو قانون محل ابرام التصرف .

٣ ـ انه عين المكان الذى يعتد به فى تعيين محل ابرام التصرف ، وهى مسألة يرى بعض الفقهاء دخولها فى نطاق التكييف وخضوعها بالتالى لقانون القاضى . وبذلك اراح النص القاضى من الخوض فى هذه المشكلة .

هذا ، وهناك من العقود ما يحسن تركه لاجتهاد الفقه والقضاء ، وان كان قليل من الشرعين بين القانون الواجب التطبيق فى شان كل منهما ، مثل عقد العمل والعقود التى تعقد فى الأسواق العامة وفى البورصات ، وبيع عروض التجارة .

(مادة ٢٧)

١ – يخضع شكل التصرف القانونى لقانون البلد الذى تم فيه او للقانون الذى يسرى على شروطه الموضوعية ·

٢ – أما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع الشيء الذى يتعلق به التصرف ·

يقابل هذا النص المادة ٢٠ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« العقود ما بين الاحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه · ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » ·

وتبين الفقرة الأولى من النص المقترح القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية عموما ، بحيث لا يقتصر حكمها على العقود ما بين الاحياء ، وبذلك امكن الاستغناء عن وضع قواعد اسناد خاصة بشكل الزواج وشكل الوصية اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة فى هذه الفقرة · وقد اكتفى النص بذكر قانون محل ابرام التصرف ، وجعل له مكان الصدارة ، والقانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للتصرف متفقا بذلك مع التيار الغالب فى التشريع · ذلك أن قانون موطن المتعاقدين يغلب أن يكون هو قانون محل ابرام التصرف ، كما انه قد يكون هو القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للتصرف اعمالا لقاعدة خضوع التصرف لقانون الارادة ، وكذلك الشان بالنسبة الى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ·

ويلاحظ أن المقصود بالشكل فى هذه الفقرة هو الشكل الخارجى اللازم لاثبات التصرف · أما الشكل الجوهرى للتصرف ، وهو الذى يعتبر ركن انعقاد ، فيأخذ حكم الشروط الموضوعية ويخضع بالتالى للقانون الذى تخضع له هذه الشروط ·

وتتضمن الفقرة الثانية من النص المقترح قاعدة الاسناد الخاصة بشهر التصرف ، حيث يخضع هذا الشهر لقانون موقع الشيء الذى يتعلق به التصرف سواء ورد هذا التصرف على حق عينى أم على حق شخصى · وبذلك يسد هذا النص نقصا فى التشريع الحالى ·

(مادة ٢٨)

١ – يسرى على الالتزامات غير الارادية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام ·

٢ – على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وان كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه ·

يطابق هذا النص المادة ٢١ من التقنين الحالى فيما عدا استبدال عبارة « غير الارادية » بعبارة « غير التعاقدية » الواردة وصفا للالتزامات فى الفقرة الأولى ·

(مادة ٢٩)

يسرى على مسائل الاختصاص والاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات ·

يطابق هذا النص المادة ٢٢ من التقنين الحالى فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص هذه المادة على ما يأتى : « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » ·

(مادة ٣٠)

لا تسرى احكام المواد السابقة الا حيث لايوجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص او فى معاهدة دولية نافذة فى مصر ·

يطابق هذا النص المادة ٢٣ من التقنين الحالى ·

(مادة ٣١)

تتبع فيما لم يرد فى شانه نص فى المواد السابقة مبادىء القانون الدولى الخاص ·

يطابق هذا النص المادة ٢٤ من التقنين الحالى مع حذف عبارة « من أحوال تنازع القوانين » لعدم الحاجة اليها ·

(مادة ٣٢)

١ – يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد ·

٢ – على أنه اذا كان الشخص فى الوقت ذاته الجنسية المصرية وجنسية دولة او عدة دول اجنبية وفقا لقوانينها ، فان القانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه ·

يطابق هذا النص المادة ٢٥ من التقنين الحالى فيما عدا بعض تعديلات لفظية فى الفقرة الثانية ·

مادة ٣٣

اذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا اجنبيا ، فلا يطبق ما يتضمنه من قواعد التنازع الدولى بين القوانين ·

يطابق هذا النص المادة ٢٧ من التقنين الحالى فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص على ما يأتى : « اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق فيه الا أحكامه الداخلية دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص » ·

(مادة ٣٤)

اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فان هذا القانون هو الذى يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها .

يطابق هذا النص المادة ٢٦ من التقنين الحالى مع تعديل فى الصياغة، اذ تنص هذه المادة على ما يأتى : « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينه تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » . وقد حذفت عبارة « الاحكام الواردة فى المواد المتقدمة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادىء القانون الدولى الخاص .

وغنى عن البيان أن الحكم الوارد فى هذه المادة يسرى سواء كان تعدد الشرائع المشار اليه فى النص تعددا اقليميا أو شخصيا .

(مادة ٣٥)

لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » . وقد حذفت عبارة « عينته النصوص السابقة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادىء القانون الدولى الخاص .

الفصل الثانى

استعمال الحق

(مادة ٣٦)

الجواز الشرعى ينافى الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٤ من التقنين الحالى التى تقول :

« من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

والعبارة التى جاءت فى صدر النص المقترح ، وهى أن «الجواز الشرعى ينافى الضمان» يراد بها المعنى ذاته الذى تفيده العبارة الواردة فى المادة ٤ المذكورة . فثمة تكرار لمعنى واحد فى عبارتين مختلفتين يتضمنها النص المقترح . ومع ذلك فقد رؤى أن يبدأ هذا النص بعبارة يستعملها الفقه الاسلامى لما تتميز به من بلاغة فى الايجاز ، ثم تأتى بعدها عبارة فيها توضيح وبيان للمعنى المقصود . وكثيرا ما نجد فى نصوص المجلة أمثلة لهذه الطريقة فى الصياغة (راجع المادة ٩١ من المجلة) .

(مادة ٣٧)

١ - يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد اليه الشارع وبوجه خاص فى الأحوال الآتيه :

(أ) اذا قصد به أصالة الاضرار بالغير .

(ب) اذا تعارض مع مصلحة عامة جوهرية .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

(د) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قلية الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها .

(هـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها مؤدية الى ضرر فاحش يصيب الغير وكان فى استطاعته تحقيق هذه المصالح بطريق آخر لايؤدى الى هذا الضرر .

(و) اذا كان على علم بترتيب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه مترفقا لايلحقه ضرر من تركه .

٢ - ويكون للقاضى أن يحكم بوقف هذا الاستعمال واعادة الحال الى ما كان عليه ، مع التعويض عما يكون قد نشأ عنه من ضرر .

يقابل هذا النص المادة ٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قلية الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة» .

والأمر يتعلق فى هذا المقام بنظرية التعسف فى استعمال الحق . وهى نظرية لها كيانها المستقل ، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ ، هى انحراف صاحب الحق فى استعماله عن الغرض الاجتماعى للحق ، أى الغرض الذى تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخصى مادى ، يزن استعمال الحق فى ضوء الدافع الشخصى لصاحبه والغرض الاجتماعى له فى وقت واحد . فان كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعا ، والا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الاضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة . واستعماله لغاية لاتتفق والغرض الاجتماعى له تعسف كذلك، حتى لو لم يكن بقصد

الاضرار بالغير • وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التى لاتعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وانما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب الا يحيد الحق عنها •

ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينبسط على جميع الحقوق ايا كان نوعها ويمتد الى جميع فروع القانون ، الأمر الذى أستوجب أن يكون لنظرية التعسف مكان الصدارة فى الباب التمهيدى للتقنين المدنى •حتى ليمكن أن يقال أن الأساس الفنى للتعسف هو نظرية الحق •

ولقد ظفرت نظرية التعسف فى استعمال الحق بعناية فائقة فى الفقه الاسلامى ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه اليها فقه آخر • فهى تقوم على الأسس الاسلامية فى تقرير الحقوق•ذلك أن شرع الحقوق فى الشريعة الاسلامية انما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الانسان • فهو يقوم على مبادىء الأخلاق الاسلامية الفاضلة التى جاء بها الدين من العدل والمساواة والاحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد، وعلى عدد من القواعد الشرعية التى أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض • فهى تعد تطبيقيا لمقاصد الشارع التى أخذت من عدة نصوص وجملة ادلة تفيد القطع ومن هذه المقاصدالكلية القطعيةأن قصدالمكلف فى العمل يجب أن يوافق الشارع باطل وقد فصل الامام الشاطبى هذه النظرية فى الجزء الثانى من الموافقات ، وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع فى وضع الشريعة ومقاص المكلف فى التكليف واود فى تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصى والموضوعى • وقد استوعبت المادة المقترحة أهم هذه التطبيقات (راجع الموافقات ج٢ القسم الثانى المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد) •

وحينما اراد المشرع أن يورد فى التقنين المدنى الحالى لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه فى سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد فى الفقه الاسلامى •

وسواء بالنسبة الى معايير التعسف التى وردت فى التقنين الحالى ، وتلك التى وردت فى النص المقترح ، فانها جميعها مستمده من الفقه الاسلامى (محمود فتحى ، نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية • على الخفيف ، الملكية فى الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية • المجلة م ١٩و٢٦و٢٧و٢٨و٢٩) •

وقد رؤى أن يبدأ النص المقترح بمعيار عاميتضمن جوهرفكرةالتعسف حتى يكون المجال رحبا أمام القاضى ، فلا يقتصر على ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالى ، بل تمتد سلطتة الى كل حالة يتوفر فيها التعسف بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعى بالمعنى الذى اسلفناه • ثم يأتى فى النص بعد ذلك عدد من المعايير الفرعية المحددة التى تعتبر أظهر تطبيقات عملية للمعيار العام •

وأول هذه المعايير (أ) هو أن يتوفر التعسف من جانب صاحب الحق فى استعماله « اذا قصد به أصالة الاضرار بالغير » • وهذه صياغة تفضل صياغة التقنين الحالى ، لأن المقصود أن يكون قصد احداث الضرر هو العامل الأساسى الذى دفع الشخص الى استعمال الحق ، حتى لو تحققت منفعة عرضية لم تكن مقصودة ، أو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة اذا كانت هذه النية عاملا ثانويا •

وثانى هذه المعايير (ب) « اذا تعارض (استعمال الحق) مع مصلحة عامة جوهرية » • وقد ورد هذا المعيار فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنه حذف دون ذكر مبرر لحذفه ، مع أنه وردفى الفقه الاسلامى وقننته المجلة التى تنص فى المادة ٢٦ منها على انه« يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » •

وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد فى الفقه الاسلامى يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانةللمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنبا لاستغلال حاجة الأفراد اليها خلال الحروب والجوائح •على أن هذه مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس (المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالى) •

والمعياران الثالث والرابع (جـ ـ د) ورد ذكرهما فى التقنين الحالى• والمعياران الخامس والسادس (هـ ـ و) مأخوذان كذلك من الفقه الاسلامى ، وهما يستندان الى قاعدة أساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى التى تقول : « لاضرر ولا ضرار» •

وينتهى النص المقترح ببيان الجزاء الذى يترتب على الاستعمال التعسفى للحق •

الفصل الثالث

الأشخاص

١ ـ الشخص الطبيعى

(مادة ٣٨)

١ ـ تبدأ شخصية الانسان من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته •

٢ ـ ويعين القانون حقوق الحمل المستكن •

هذه المادة تقابل المادة ٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته •

٢ ـ ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » •

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما مفاده أنشخصيةالانسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا • وأساس هذا التعديل أن الجنين تكون له أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعا محضا وتحمل الالتزامات التى تنشأ عن ادارة أمواله أو بسببها • ومن ثم تثبت الشخصية للانسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيا • فثبوت الشخصية للانسان من وقت الحمل يكون متوقفا على ولادته حيا • فاذا ولد الانسان حيا أعتبر شخصا من وقت الحمل ، واذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن •

ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته • فاذا ولد حيا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، واذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالى لايعتبر انه قد استحق شيئا مما تقرر له من حقوق •

وادخل تعديل لفظى على الفقرة الثانية .

ويتفق حكم الفقرة الأولى مع الرأى السائد فى الفقه الاسلامى وهو مذهب الائمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد . وبه أخذ قانون المواريث (م ٤٣) وقانون الوصية (م٣٥) . وهو يخالف مذهب الامام أبى حنيفة الذى جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تثبت الشخصية للمولود فيرث اذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه . م

ويتفق حكم الفقرة الثانية مع ما تقرره الشريعة الاسلامية من حقوق للحمل المستكن ، كالحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه (م ٢٤ من قانون المواريث) ، وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من مستحقيه . وقد يضيف القانون الى هذه الحقوق حقوقا أخرى ، كاقامة وصى يقبل الوصية أو التبرع للجنين (م٢٨و٢٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وم ٢٠ من قانون الوصية) .

(مادة ٣٩)

تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية .

يطابق هذا النص المادة ٣٢ من التقنين الحالى . وقد رؤى تعديل ترتيب النصوص على خلاف ما جاء فى التقنين الحالى ، كى يأتى هذا النص الذى يؤدى حكمه الى انتهاء الشخصية حكما بعد النص الذى يتضمن انتهاء الشخصية حقيقة .

(مادة ٤٠)

١ ـ تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

٢ ـ وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها فى الاثبات قانون خاص .

٣ ـ فاذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى .

يقابل هذا النص المادتين ٣٠ و ٣١ من التقنين الحالى . فالمادة ٣٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

٢ ـ فاذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » .

والمادة ٣١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص » .

وقد روعى فى صياغة المادة المقترحة أن تكون متفقة مع ما هو حاصل الآن من الأخذ بنظام سجل الحالة المدنية بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

(مادة ٤١)

١ ـ يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .

٢ ـ وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

تطابق الفقرة الأولى من هذه المادة المقترحة نص المادة ٢٨ من التقنين الحالى ، وتطابق الفقرة الثانية نص المادة ٣٩ من هذا التقنين .

(مادة ٤٢)

لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥١ من التقنين الحالى مع اضافة اللقب الى الاسم حتى يشملها الحكم جميعا . وقد رؤى أن يأتى الحكم الخاص بحماية الاسم بعد الأحكام الخاصة بكسب الاسم وتغييره مباشرة فلا يقوم بينهما فاصل على نحو ما هو حاصل فى التقنين الحالى الذى نظم الاسم فى المادتين ٣٨ و ٣٩ ثم أشار الى حمايته فى المادة ٥١ .

وهذا النص يحمى مصلحة شرعية ، لأن منازعة الغير فى الاسم وانتحال الغير له محرم شرعا .

(مادة ٤٣)

١ ـ تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوى قرباه .

٢ ـ ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

يطابق هذا النص المادة ٣٤ من التقنين الحالى مع اضافة لفظ « زوجه » فى الفقرة الأولى قبل « وذوى قرباه » لتحديد أن زوجة الشخص تدخل فى أسرة زوجها . والنص ينصرف الى كل من الزوج والزوجة . فليس من المقبول قصر أسرة أى من الزوجين على أولاده وذوى قرباه مع استبعاد الزوج الآخر . والنص الحالى لا يتسع للزوجة ، فهى ليست من ذوى القربى اذ أن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لا رابطة القرابة ، اذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوى القربى .

(مادة ٤٤)

١ ـ القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الاصول والفروع .

٢ ـ وقرابة الحواشى هى الصلة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون احدهم فرعا للآخر .

يطابق هذا النص المادة ٣٥ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « الصلة » بلفظ « الرابطة » فى الفقرة الثانية توحيدا للفظ فى الفقرتين .

(مادة ٤٥)

يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

يطابق هذا النص المادة ٣٦ من التقنين الحالى .

(مادة ٤٦)

يعتبر اقارب احد الزوجين فى ذات القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى .

(مادة ٤٧)

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

يطابق هذا النص المادة ٣٣ من التقنين الحالى .

(مادة ٤٨)

ليس لأحد النزول عن حريته أو عن حق من الحقوق الملازمة لشخصيته .

يقابل هذا النص المادة ٤٩ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ماياتى : « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية » . وقد أضيف فى النص المقترح الحقوق الملازمة للشخصية باعتبار أنها حقوق لايجوز التصرف فيها ، وان كان فى ذكرها مايغنى عن ذكر الحرية الشخصية ، الا ان التنوية بالحرية فى هذا المقام أولى باعتبارها أساس الشخصية وأولى حقوقها .

(مادة ٤٩)

لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥٠ من التقنين الحالى مع تعديل طفيف فى الصياغة .

(مادة ٥٠)

١ ـ كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢ ـ وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

يطابق هذا النص المادة ٤٤ من التقنين الحالى . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الاسلامية . أما الفقرة الثانية فتستند الى المبدأ الشرعى الذى يخول ولى الأمر سلطة سن ما تقتضيه مصلحة شرعية لاتناقض نصا . اذ أن سن البلوغ فى الشريعة الاسلامية خمس عشرة سنة . وهى تقابل المادة ١٠٦ من التقنين العراقى التى تنص على أن « سن الرشد هى ثمانى عشرة سنة كاملة » . كما تقابل المادة ٤٣ فقرة ثانية من التقنين الأردنى التى تنص على أن « سن الرشد هى ثمانى عشرة سنة شمسية كاملة » .

(مادة ٥١)

١ ـ لايكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

٢ ـ وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز

يطابق هذا النص المادة ٤٥ من التقنين الحالى . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الاسلامية . والفقرة الثانية تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من التقنين العراقى والفقرة الثالثة من المادة ١١٨ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥٢)

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٦ من التقنين الحالى . وهو مستمد من الشريعة الاسلامية .

(مادة ٥٣)

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٧ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٤)

ليس لاحد النزول عن اهليته أو التعديل فى احكامها .

يطابق هذا النص المادة ٤٨ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٥)

١ ـ الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

٢ ـ ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

يطابق هذا النص المادة ٤٠ من التقنين الحالى . ويتفق حكمه مع ما تقرره الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى البدائع (ج ١ ص ١٠٣ ـ ١٠٥) أنه « يجوز أن يكون الموطن الأصلى واحدا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها » .

« وقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن فى ضوء أحكام الفقه الاسلامى بانه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » . (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى) .

(مادة ٥٦)

يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

يطابق هذا النص المادة ٤١ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٧)

١ ـ موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا .

٢ – ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التى يعتبره القانون اهلا لمباشرتها .

يطابق هذا النص المادة ٤٢ من التقنين الحالى مع حذف كلمة « الأعمال » .

(مادة ٥٨)

١ – يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .

٢ – ولايجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة .

٣ – والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل مايتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى .

يطابق هذا النص المادة ٤٣ من التقنين الحالى .

٢ – الشخص الاعتبارى

(مادة ٥٩)

الاشخاص الاعتبارية هى :

١ – الدولة وكذلك المحافظات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ – الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ – الأوقاف .

٤ – الشركات التجارية والمدنية .

٥ – الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها .

٦ – كل مجموعة من الأشخاص او الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « المحافظات » بكلمة « المديريات » فى البند ١ ، واضافة كلمة « واتحاداتها » فى البند ٥ حيث يقصد بها اتحادات الجمعيات والمؤسسات .

(مادة ٦٠)

يتمتع الشخص الاعتبارى فى حدود القانون بجميع الحقوق ، الا ماكان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، ويكون له نائب يمثله، كمايكون له:

(أ) ذمة مالية مستقلة .

(ب) أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون .

(ج) حق التقاضى .

(د) موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته . والأشخاص الاعتبارية التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها، بالنسبة الى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣ من التقنين الحالى فيما عدا ما يأتى :
أولا – تتضمن الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من التقنين الحالى عبارة تقول : « ويكون له نائب يعبر عن ارادته » . وقد استبدلت بهذه العبارة عبارة « ويكون له نائب يمثله » مع نقلها الى جوار الحكم الوارد فى صدر النص ، اذ أن الشخص الاعتبارى ليست له ارادة وانما المقصود أن يكون له ممثل ينوب عنه فى مباشرة التصرفات .

ثانيا – استبدلت عبارة « الأشخاص الطبيعية » فى البند د من المادة بكلمة « والشركات » .

(مادة ٦١)

الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات واتحاداتها تنظمها قوانين خاصة .

هذه مادة مستحدثة . وعلة اقتراحها أن الأحكام الخاصة بالجمعيات والمؤسسات التى تتضمنها المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين الحالى قد الغيت ، حيث تكفل بهذه الأحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ثم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤

الفصل الرابع

تقسيم الأشياء والأموال

(مادة ٦٢)

١ – كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم الشرع يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ – والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، واما الخارجة بحكم الشرع فهى التى لايجيز الشرع ان تكون محلا للحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨١ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ «الشرع» بلفظ «القانون» ، لان ما يخرج عن التعامل بحكم الشرع أوسع نطاقا مما يخرج عن التعامل بحكم القانون .

(مادة ٦٣)

١ – كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار . وكل ماعدا ذلك من أشياء فهو منقول .

٢ – ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله .

هذه المادة تطابق المادة ٨٢ من التقنين الحالى .

انظر المادتين ٢ و ٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٦٤)

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨٣ من التقنين الحالى .

(مادة ٦٥)

الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها .

هذه المادة تطابق المادة ٨٤ فقرة أولى من التقنين الحالى .

(مادة ٦٦)

الأشياء المثلية هى التى لا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فى التعامل ، وتقدر عادة بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

هذا النص يقابل المادة ٨٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » .

وقد رؤى حذف عبارة «يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء» واستبدلت بها عبارة « لاتتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فى التعامل » ، حتى يقتصر النص على تحديد الخصائص دون بيان الأحكام ، اذ المرجع هو الى عدم التفاوت أساسا لأنه الخاصية التى تتميز بها هذه الأشياء ، وهى التى تؤدى الى الحكم الذى يجرى فى التعامل وهو أن بعضها يقوم مقام بعض فى الوفاء .

(مادة ٦٧)

الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٦ من التقنين الحالى .

(مادة ٦٨)

١ - تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعان من سماع الدعوى .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها او تملكها بالتقادم » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باستبدال عبارة «قرار جمهورى» بكلمة «مرسوم» .

وعدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة «أو تملكها او كسب أى حق عينى عليها بالحيازة او بالتقادم المانعان من سماع الدعوى» بعبارة « أو تملكها بالتقادم » حيث أن العبارة المختارة أشمل فى احاطتها بالحكم ، كما روعى فيها الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذى اعتمد المشروع على غرار ماقرره الفقه الاسلامى .

ويتضح من نصوص الدستور أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول يشمل الاموال العامة ، والنوع الثانى يشمل الاموال الخاصة مملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والنوع الثالث يشمل الاموال التعاونية ، والنوع الرابع يشمل الأموال الخاصة (م٢٩ - ٣٢ من الدستور) وعلى هذا الأساس اصبح من المتعين أن يحدد مدلول كل من هذه الانواع الأربعة فى الباب التمهيدى .

(مادة ٦٩)

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٨ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « قرار جمهورى » بكلمة « مرسوم » .

(مادة ٧٠)

١ - تعتبر من أموال الدولة الخاصة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما .

٢ - وهذه الأموال ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعان من سماع الدعوى . ولايجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق ازلته اداريا .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث . وقد رؤى استحداث هذا النص بعد أن اتسع نطاق أموال الدولة الخاصة ، وذلك بخلق قطاع عام يشمل أدوات الانتاج وغيرها . فأموال الدولة الخاصة فى حكم هذا النص يراد بها كل ماهو مملوك للدولة عدا الأموال العامة ، سواء كان من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضى أو المبانى أو غير ذلك .

القسم الأول

الالتزامات أو الحقوق الشخصية

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

الفرع الأول

أركان العقد

(١) التراضى

(مادة ٧٣)

العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه .

يطابق هذا النص التعريف الوارد فى المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، فهى تقول : « العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه - ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر » . وكذلك المادة ٨٧ من التقنين المدنى الأردنى .

ويطابق المادة ٧٣ من التقنين المدنى العراقى والمادة ١٠٣ من قانون التجارة الكويتى ويقابل المادة ٣١ من التقنين المدنى الكويتى (أنظر أيضا المجلة م١٠١ - ١٠٤ والمذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين الحالى تجنبا للتعريفات الفقهية . وهو مستمد من الفقه الاسلامى . ويدل على النزعة الموضوعية التى تسود هذا الفقه. بينما الفقه اللاتينى المشتق من القانون الرومانى تسوده النزعة الذاتية . فالنقطة البارزة فى تعريف الفقه اللاتينى للعقد أنه ينشىء التزامات على عاتق شخص أو أكثر ، أما النقطة البارزة فى تعريف الفقه الاسلامى للعقد أنه يثبت اثره فى المحل .

(مادة ٧٤)

يتم ارتباط الايجاب بالقبول ، فى الوقت الذى يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد .

يقابل هذا النص المادة ٨٩ من التقنين الحالى التى تقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٩٠ من التقنين المدنى الاردنى التى تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٣٢ من التقنين المدنى الكويتى .

ويقابل المادة ١٠٤ من المجله التى تقول : « الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما » .

(مادة ٧٥)

١ - يكون التعبير عن الارادة باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، كما يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

هذه المادة تقابل المادة ٩٠ من التقنين الحالى التى تقول :

« ١ - التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المعنى المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » . وقد أضيف الى صور التعبير الصريح فى الفقرة الأولى من هذه المادة توضيح يبين أن الاشارة المتداولة عرفا تكون معتبرة ولو من غير الأخرس . كما أضيفت صورة أخرى لهذا التعبير ، وهى المبادلة الفعلية الدالة على التراضى .

وتقابل فى فقرتها الأولى المادة ٧٩ من التقنين العراقى والمادة ٩٣ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادتين ٣٤ و ٣٥ من التقنين المدنى الكويتى .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٣٤٦ من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضا بالاشارة المعروفة للأخرس » . ونصت المادة ٣٤٧ على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطى » . ونصت المادة ١٧٣ من المجلة على أنه « كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضا » . ونصت المادة ١٧٤ على انه « ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للأخرس » . ونصت المادة ١٧٥ على انه « حيث أن المقصد الأصلى من الايجاب والقبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ويسمى هذا بيع التعاطى

(أنظر أيضا المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ ـ ١٠٩ • البدائع ج ٥ ص ١٣٣ ـ ١٣٥ بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤١ • المغنى ج ٤ ص ٥ و ٤ • وأنظر فيما يتعلق بقبول الاشارة من غير الأخرس ، الزرقانى ج ٥ ص ٤ • المذكرة الايضاحية للتقنين الحالى) •

(مادة ٧٦)

ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه • ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك •

يطابق هذا النص المادة ٩١ من التقنين الحالى • ويقابل المادة ٣٦ من التقنين المدنى الكويتى •

(مادة ٧٧)

يسقط التعبير عن الارادة اذا كان من صدر عنه أو من وجه اليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول •

هذه المادة تقابلها المادة ٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » •

وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى فى صدد هذا النص ما يأتى :

يجرى المذهب المالكى على هذا الرأى : الزرقانى ج ٥ ص ٦٥ • أما المذهب الحنفى فهو على خلاف ذلك : البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠ • الهداية ج ٥ ص ٧٨ • الأشباه ص ١٤٣ •

وقد روى فى النص المقترح العدول عن الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى والاخذ برأى جمهور الفقه الاسلامى وهم الحنفية (البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ و ج ٦ ص ٢٠) والشافعية (مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦) والحنابلة (المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٤٨٢) والشيعة الجعفرية (فقه الامام جعفر ج ٣ ص ٤٤) •

حيث ترى هذه المذاهب أن الايجاب يسقط بموت الموجب أو بفقده أهليته على أساس خيار الموجب فى الرجوع فيه ، اذ أنه يتعذر عليه حينئذ اعمال هذا الخيار •

وعليه فبمقتضى النص المقترح لا ينعقد العقد اذا كان الموجب أو القابل قد مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج القبول أثره بوصوله الى علم الموجب ، أى قبل ارتباط الايجاب بالقبول •

(مادة ٧٨)

١ ـ اذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد •

٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة •

هذه المادة تطابق المادة ٩٣ من التقنين الحالى • وتطابق الفقرة الأولى منها المادة ٨٤ من التقنين العراقى والمادة ٩٨ من التقنين الأردنى ، وتطابق المادة ٢/٤١ من التقنين المدنى الكويتى •
وهذا النص يجد سنده فى الفقه المالكى •

(مادة ٧٩)

١ ـ اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا . وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو باى طريق مماثل •

٢ ـ ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول و كان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد •

هذه المادة تطابق المادة ٩٤ من التقنين الحالى •

وتقابل المادة ٨٢ من التقنين العراقى والمادة ٩٦ من التقنين الأردنى • وهما تنصان على ما يأتى : « المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس • فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » •

وتقابل المادة ٤٦ من التقنين الكويتى •

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الاسلامى فى مجلس العقد • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى ما يأتى : « لمن وجه اليه الايجاب أن يقبله عند الحنفية ، الى وقت انفضاض المجلس أو الى الوقت الذى يصدر منه ما يدل على الأعراض (أنظر م ١٧٢ ـ ١٨٣ من المجلة • والبدائع ج ٥ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٢٢٨) • أما المذهب الشافعى فيشترط أصحابه القبول فورا ولكنهم يخولون القابل حق العدول ، وهو ما يسمونه خيار المجلس ، الى وقت افتراق المتعاقدين • أما المذهب المالكى فيتفق فى الرأى مع مذهب الشافعية ولكنه لا يعطى القابل خيار المجلس (انظر فيما يتعلق بالمذهبين الأخيرين بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤١ ـ ١٤٣ والمغنى ج ٤ ص ٩٦) •

وجاء أيضا فى هذه المذكرة ما يأتى : « بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الايجاب خلالها ملزما عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديد • وينبغى التمييز فى هذا المقام بين صورتين .

(أ) فيلاحظ أولا أن الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره • وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر •

وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة من المذهب الحنفى قاعدة حكيمة· فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، اذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن ايجابه فى الفترة التى تقع بين الايجاب والقبول · وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود ، بنظرية الشريعة الاسلامية فى اتحاد مجلس العقد ·

(ب) أما اذا صدر الايجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به الى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول اليه ، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون ارجاء لا تبرره الظروف · وللموجب أن يفترض أن ايجابه قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله » ·

(مادة ٨٠)

١ ـ لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا ·

٢ ـ ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب·

(ب) اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الايجاب عن الرد ·

(جـ) اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ·

٣ ـ يعتبر سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط ·

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن ارادة القبول · وهو مستمد من الفقه الاسلامى · وقد نصت عليه المادة ٦٧ من المجلة · كما وردت تطبيقات لحكمه فى مواد عديدة من المجلة (انظر م ٢٧٦ ، ٤٣٨ ، ٨٠٥ ، ١٦٥٩) · (انظر كذلك الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨· الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧ ، ٩٨) ·

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨١ من التقنين العراقى ، والفقرة الأولى من المادة ٩٥ من التقنين الأردنى ، وتطابق فى الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة من التقنين المدنى الكويتى ·

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة ٩٨ من التقنين الحالى ، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١ من التقنين العراقى ، والفقرة الثانية من المادة ٩٥ من التقنين الأردنى ، والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من التقنين المدنى الكويتى ·

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقا كان واردا فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى

وما جاء فى الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات للاستثناء الوارد على القاعدة ·

(مادة ٨١)

١ ـ لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد · أما الاتفاق على بعض هذه المسائل ، فلا يكفى لالزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة ·

٢ ـ ومع ذلك اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم · واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم يتفق عليها ، فان المحكمة تقضى فيها لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ·

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة · وكان المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن نصا مطابقا لهذه الفقرة ، هو المادة ١٢٧ ، ولكن حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها · وحكمها مسلم به فى الفقه الاسلامى (البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، ١٣٧ · ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥) · وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من التقنين العراقى ، والفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من التقنين الأردنى ·

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٥ من التقنين الحالى ، والفقرة الثانية من المادة ٨٦ من التقنين العراقى ، والفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من التقنين الأردنى ، وتقابل المادة ٥٢ من التقنين المدنى الكويتى ·

(مادة ٨٢)

١ ـ يجب لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للايجاب ·

٢ ـ فاذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه او يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا ·

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة · وهى تطابق فى حكمها المادة ٨٥ من التقنين العراقى ، والفقرة الأولى من المادة ٩٩ من التقنين الأردنى ، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدنى الكويتى وحكمها مسلم به فى الفقه الاسلامى (م ١٧٧ ـ ١٨٠ من المجلة ، البدائع ج ٥ ص ١٣٦ · المختار ج ٣ ص ٤) ·

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٦ من التقنين الحالى ، والفقرة الثانية من المادة ٩٩ من التقنين الأردنى ، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدنى الكويتى · وحكمها مسلم به فى الفقه الاسلامى (البدائع ج ٥ ص ١٣٦) ·

(مادة ٨٣)

١ ـ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك ·

٢ ـ ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول ·

هذه المادة تطابق المادة ٩٧ من التقنين الحالى · والمادة ٨٧ من التقنين العراقى ·وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الاردنى ، والمادة ٤٩ من التقنين المدنى الكويتى ·

انظر فيما يتعلق باحكام الفقه الاسلامى فى هذا الصدد : م ٣٤٦ من مرشد الحيران · البدائع ج٥ ص١٣٧ و١٣٨ · ابن عابدين ج٤ ص ١٣ ـ ١٥ · وانظر فيما يتعلق بنظرية العلم بالقبول : فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٦ · وراجع : عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقة الاسلامى ج ٢ ص ٥٠ ـ ٦١

(مادة ٨٤)

لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ·

هذه المادة تطابق المادة ٩٩ من التقنين الحالى ، وتقابل المادة ٨٩ من التقنين العراقى والمادة ١٠٣ من التقنين الاردنى ·

ويقر الفقه الاسلامى بيع المزاد ، ويسميه «بيع من يزيد» ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقول به هذا الفقه (انظر البدائع ج٥ ص٢٣٢ و ٢٣٣ · الزيلعى ج ٤ ص ٦٧ · فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩و٢٤١ · الحطاب ج ٤ ص ٢٣٧ · الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢١٠ و ٢١٢ · البحر الرائق ج ٦ ص ٩٩ · المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٩ · عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ٦٢ ـ ٧٧) ·

(مادة ٨٥)

يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب فى عقد الاذعان قبولا

هذه المادة تقابل المادة ١٠٠ من التقنين الحالى والمادة ١٠٤ من التقنين الاردنى والمادة ١٦٧ فقرة أولى من التقنين العراقى والمادة ٨٠ من القانون الكويتى ·

وعقد الاذعان هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو فعلى ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شانها · وهذا العقد وليد التطور فى الحياة الاقتصادية الحديثة ، حيث ظهرت شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية · ومن أمثلته عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التامين بانواعه المختلفة ، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والباتف ، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق ·

ولذلك لا يتحدث الفقه الاسلامى عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد ، وهى الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه ، فيرضخ الناس للسعر الذى يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة ·

وقد حمل الفقه الاسلامى على الاحتكار وتناوله فى صورتين كانتا مالوفتين فى عهده ، وهما بيع متلقى السلع وبيع الحاضر للبادى (انظر فى الاحتكار : الفتاوى الهندية : ج٣ ص ٢١٣ و ٢١٤ · المدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٢٣ · القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ · المهذب ج ١ ص ٢٩٢ · المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ · وانظر فى بيع متلقى السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ · الجوهرة النيرة للجداوى فى شرح مختصر القدورى ج١ ص ١٠٦ · القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٩ · المهذب ج١ ص ٢٩٢ · وانظر فى بيع الحاضر للبادى وهو أيضا صورة من صور الاحتكار : البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ · فتح القدير ج٥ ص٢٤٠ · المهذب ج١ ص ٢٩١ و ٢٩٢ · المغنى ج٤ ص ٢٨٠ · عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٨١ ـ ٩٢) ·

ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان ·

وسنرى فيما يلى من النصوص ما ينهض بهذه الحماية ·

(مادة ٨٦)

١ ـ الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التى يجب ابرامه فيها ·

٢ ـ واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠١ من التقنين الحالى والمادة ٩١ من التقنين العراقى والمادة ١٠٥ من التقنين الأردنى · وتقابل المادة ٧٢ من التقنين المدنى الكويتى (راجع فى الشريعة الاسلامية أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٥١ وما بعدها) ·

(مادة ٨٧)

اذا وعد شخص بأبرام عقد ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص مايتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى مقام العقد·

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد » ·

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لابراز أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد · اذ أن ابداء الرغبة يكون بمثابة قبول لايجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائى · ومن ثم يكون طلب المتعاقد الآخر منصبا على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الوعد ·

كما ادخلت تعديلات لفظية ، فاستبدلت عبارة « وبوجه خاص » بعبارة « وبخاصة » ، واستبدلت عبارة « قوه الأمر المقضى » بعبارة « قوة الشيء المقضى به » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ١٠٢ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى لها هو ذلك المبدأ الاساسى فى الشريعة الاسلامية الذى جاء فى الآية الكريمة : « يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » .

(مادة ٨٨)

١ ـ دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه خلال مدة معقولة ، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ ـ فاذا عدل من دفع العربون ، فقده ، واذا عدل من قبضه ، رده ورد مثله معه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣ من التقنين الحالى .

وهى تقابل المادة ١٠٧ من التقنين الاردنى ، وتقابل المادة ٩٢ من التقنين العراقى ، وتقابل المادتين ٧٥ و ٧٦ من التقنين المدنى الكويتى .

وحكم العربون ، وان كان غير متفق عليه فى الفقة الاسلامى ، ألا ان الامام أحمد بن حنبل يجيز بيع العربون (انظر المغنى ج ٤ ص ٥٨ و ٥٩) . (وانظر رأيا مخالفا عند الامام مالك : الموطأ ٢ ص ٦٠٩ ـ ٦١١) .

اما دلالة العربون فى الفقه الاسلامى عند الشك ، هل هى للتعاقد أو لجواز العدول ، فامر يترك للعرف والعادة ، ففى الفقه الاسلامى العادة محكمة (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٩٦ ـ ١٠٢) .

وقد أخذ فى النص المقترح ، كما هو الحكم فى التقنين الحالى ، بدلالة العدول ، حيث يعتبر دفع العربون دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك « الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك » .

(مادة ٨٩)

١ ـ اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لاشخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى وجود الارادة والتعبير عنها وعيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، كان محل الاعتبار عند النظر فى الامور المذكورة فى الفقرة السابقة هو شخص كل من الأصيل والنائب ، وذلك بالقدر الذى اسهمت به ارادة كل منهما فى ابرام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى :

« ١ ـ اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل ان يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها » .

وقد روعى فى تعديل نص هذه المادة أن هناك حالات تنفرد فيها ارادة النائب بابرام التصرف ، كما هو الشأن فى حالات النيابة القانونية وحالات الوكالة التى يكون دور الموكل فيها ثانويا . وتواجه الفقرة الأولى من النص المقترح هذه الحالات ، حيث يعتد بارادة النائب وحده . وهناك حالات لا يقوم فيها النائب الا بدور ثانوى ، كما هو الشأن فى حالات الوكالة التى يكون دور الوكيل فيها ثانويا ، حيث يعتد بارادة الأصيل بصفة أساسية . وهناك حالات تتعاون ارادة الأصيل مع ارادة النائب ، وحينئذ يعتد بارادة كل من الأصيل والنائب فى حدود القدر الذى أسهم به كل منهما فى ابرام التصرف . والفقرة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الأخيرتين من الحالات .

ويؤخذ على الفقرة الثانية من النص الحالى أنها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة ، فتقصر الحكم على حالات علم الاصيل ببعض الظروف ، مع أن هذا يتنافى مع غرض الشارع من النص ويناقض الفكرة التى يقوم عليها الحكم ، ولهذا يجب فى هذا النطاق ان يعتد بكل من الارادتين فى حدود القدر الذى أسهمت به كل منهما ، سواء فيما يتعلق بشروط الارادة أو عيوبها أو غير ذلك من الظروف التى تؤثر فى صحة التصرف أو نفاذه .

والمادة ١٠٤ من التقنين الحالى تطابقها المادة ١١١ من التقنين الأردنى ، كما تطابقها فى الحكم المادة ٥٦ من التقنين المدنى الكويتى .

ولم تظفر فكرة النيابة بتنظيم شامل الا فى التقنينات الحديثة،فلم ترد فى التقنين الفرنسى ولا فى التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة ، وانما وردت نصوص متفرقة أكثرها فى خصوص الوكالة .وهذا هو شأن الفقه الاسلامى ، حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة ،وانما جاءت فيه نصوص متفرقة أكثرها فى الوكالة . ولما أقام التقنين الحالى نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة ، بما فيها التقنين الأردنى ، ما عدا التقنين العراقى ، فقد اقتصر على ايراد فريق من النصوص فى خصوص الوكالة .

غير أنه يلاحظ أن المبادىء التى تقوم عليها النظرية العامة للنيابة يقرها الفقه الاسلامى ، اذ أن ما ورد فيه فى خصوص الوكالة ليس سوى تطبيقا لهذه المبادىء .

(مادة ٩٠)

اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥ من التقنين الحالى ، والمادة ١١٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ٥٧ من التقنين الكويتى .

ونصت المادة ٩٤٢ من التقنين العراقى على الحكم ذاته فى خصوص عقد الوكالة ، فقالت ان « حقوق العقد تعود الى العاقد ، فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفى حدود الوكالة فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه » .

انظر فى خصوص عقد الوكالة : المجلة م ١٤٦٠ – ١٤٦٢ · وانظر م ١١٣ من التقنين الأردنى ·

(مادة ٩١)

اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا · فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « المفروض حتما » · وقد كانت العبارة المقترحة موجودة فى النص فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ولكن استبدلت بها العبارة الثانية فى لجنة مجلس الشيوخ ، مع أن العبارة الأولى أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ·

وتطابق فى حكمها المادة ٥٨ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ٩٤٣ من التقنين العراقى التى وردت فى خصوص الوكالة ، حيث تنص على أنه «اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلا فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أى من الموكل أو الوكيل ولأيهما أن يرجع عليه »·

وتقابل المادة ١١٣ من التقنين الاردنى التى تقول : « اذا ابرم النائب فى حدود نيابة عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الأصيل وتنصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الأصيل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » ·

انظر : مرشد الحيران م ٢٧٩ و ٢٨٠ · المجلة م ١٤٦٠ و ١٤٦١ و ١٥٩٠ و ١٥٩٣ ·

(مادة ٩٢)

اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف الى الأصيل أو خلفائه ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧ من التقنين الحالى والمادة ١١٤ من التقنين الأردنى ·

وتطابق فى حكمها المادة ٩٤٨ من التقنين العراقى التى وردت فى خصوص عقد الوكالة ، فقالت أنه « لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها » ·

وتقابل المادة ٦٠ من التقنين الكويتى ·

(مادة ٩٣)

لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل ، فاذا وقع هذا التعاقد ، كان موقوفا على اجازة الأصيل · وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أوقواعد التجارة ·

هذه المادة تقابل المادة ١٠٨ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه،سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل · على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة مايخالفه مما يقضى به القانون او قواعد التجارة » ·

وقد عدلت هذه المادة على النحو المذكور فى المتن ، وذلك أخذا بفكرة العقد الموقوف المعروف فى الفقه الاسلامى · والعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه لا ينتج لآثاره فتظل هذه الآثار موقوفةالى ان ينقضى العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ · فاذا تعاقد الغائب مع نفسه انعقد العقد موقوفا على أجازة الأصيل ، وذلك على أساس أن الغائب قد جاوز حدود نيابته · فاذا اجاز الأصيل العقد نفذ ،واذا لم يجزه بطل ·

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالى ·

وتقابل المادة ٦٢ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالى ، حيث تنص على أنه « لا يجوز للنائب بدون اذن خاص ، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو اجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره · فاذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ فى مواجهة الأصيل ، ما لم يحصل اقراره ،وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه » ·

أما التقنين العراقى فلم يرد فيه نص عام فى هذا الموضوع ، وانما اكتفى الشارع فيه بتحريم التعاقد مع النفس فى حالات معينة ·

كذلك لم يرد فى الفقه الاسلامى قاعده عامة فى هذا الخصوص وانما اقتصر الامر فيه على تحريم التعاقد مع النفس فى حالات معينة (انظر المادتين ١٤٨٨ و ١٤٩٦ من المجلة ، والمواد ٣٦٣ – ٣٦٦ من مرشد الحيران) ·

(مادة ٩٤)

كل شخص اهل للتعاقد ، ما لم تسلب اهليته أو يحد منها بحكم القانون ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩ من التقنين الحالى ، والماده ٩٣من التقنين العراقى ، والمادة ١١٦ من التقنين الأردنى · وتطابق فى حكمها المادة ٨٤ من التقنين الكويتى ·

(مادة ٩٥)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة ·

هذه المادة تطابق المادة ١١٠ من التقنين الحالى ، والماده ١١٧من التقنين الأردنى · وتطابق فى حكمها المادة ٩٦ من التقنين العراقى ، والمادة ١/٨٦ من التقنين الكويتى ·

وحكمها مستمد من الشريعة الاسلامية : م ٩٦٦ من المجلة وم ٢٦٩ من مرشد الحيران ·

(مادة ٩٦)

١ ـ اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ ـ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الأجازة من ولية أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١ من التقنين الحالى التى تقول :

« ١ ـ اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

« ٢ ـ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالأبطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلاً من فكرة العقد القابل للابطال . فيكون تصرف الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفاً على اجازة وليه فى الحدود التى يجوز فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة او اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى على فكرة العقد القابل للابطال التى ياخذ بها التقنين الحالى .

والنص المقترح مستمد من الشريعة الاسلامية . وهو يطابق فى حكمه المادة ٩٧ فقرة أولى من التقنين العراقى ، والمادة ١١٨ فقرة أولى وثانية من التقنين الأردنى ، والمادة ٩٦٧ من المجلة ، والمادتين ٢٧٠ و ٢٧١ من مرشد الحيران .

(مادة ٩٧)

اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له فى تسلم أمواله لادارتها ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو تسلمها بحكم القانون » التى جاءت وفقا لما كان يقضى به قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . فقد كان هذا القانون يخول القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة الحق فى تسلم أمواله وأدارتها بحكم القانون دون حاجة الى اذن ، ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر فى سنة ١٩٥٢ ، فاشترط كلاهما الاذن .

وتقابل المادة ٩٨ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « للولى بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة . ويكون الاذن مطلقا او مقيدا » .

وكذلك المادة ١٠١ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « للمحكمة أن تاذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك » .

كما تقابل المادة ١١٩ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له . ويكون الاذن مطلقا أو مقيدا » .

وكذلك المادة ١٢٢ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للمحكمة أن تاذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك » .

أنظر م ٩٦٨ من المجلة وما يليها .

وتطابق فى حكمها المادة ٨٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٨)

تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية طفيفة .

وهى تقابل المادة ٩٤ من التقنين العراقى التى تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥ من هذا التقنين التى تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذى الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » .

وتقابل المادة ١٢٧ من التقنين الأردنى التى تقول : « ١ ـ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم : ٢ ـ أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون . ٣ ـ يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة » .

وتقابل المادة ٩٥٧ من المجلة التى تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥٨ من المجلة التى تقول : « للحاكم ان يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة ٨٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٩)

١ ـ يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه . اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ ـ أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١٠٧ من التقنين العراقى التى تقول : « المعتوه هو فى حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة ١٠٨ من هذا التقنين التى تقول :

« المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق تصرفاته فى حالة افاقته كتصرفات العاقل » ·

وتقابل المادة ١٢٨ من التقنين الأردنى التى تقول : « ١ – المعتوه هو فى حكم الصغير المميز · ٢ – المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته فى حالة افاقته كتصرف العاقل » ·

وتقابل المواد ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة وهى تطابق نصوص التقنينين العراقى والأردنى المذكورة · وتقابل المادة ٢٦٩ من مرشد الحيران ·

وتقابل المواد ٩٨و٩٩و١٠٠ من التقنين الكويتى ·

(مادة ١٠٠)

١ – يسرى على تصرف السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ·

٢ – أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا أو موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ·

هذه المادة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الحالى التى تقول : « (١) اذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام · (٢) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال ، الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » ·

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى النص المقترح ·

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ·

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفا على اجازة القيم فى الحدود التى يجوز له فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة او أجازته هو بعد رفع الحجر · أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ·

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز · ولكن ولى السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لابيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه · اما تصرفات السفيه التى وقعت قبل الحجر عليه فهى كتصرفات غير المحجور : الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعا للحجر » · وكذلك المادة ١١٠من هذا التقنين التى تقول : « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » ·

وتقابل المادة ١٢٩ من التقنين الأردنى التى تقول :

« ١ – يسرى على تصرفات المحجور للغفلة او السفة ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ، ولكن ولى السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لابيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه · ٢ – اما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة الا اذا كانت نتيجة استغلال او تواطؤ » ·

وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ٩٩٠ من المجلة التى تقول : « السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز،ولكن ولى السفيه الحاكم فقط وليس لابيه وجده واوصيائه عليه حق ولاية » · وكذلك المادة ٩٩١ من المجلة التى تقول : « تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القولية النافذة بعد الحجر لاتصح ، لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس » ·
انظر ٢٧٣ من مرشد الحيران ·

(مادة ١٠١)

١ – يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك ·

٢ – وتكوناعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة ، المأذون له بتسلم أمواله صحيحة، فى الحدود التى رسمها القانون ·

هذه المادة تقابل المادة ١١٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة ٦٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، وهى تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفله أو باذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون » ·

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

١ – يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك ·

٢ – وتكون أعمال الادارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمتها الجهة التى أصدرت الاذن » ·

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » · وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التى تنص على أن « ذو الغفله حكمة حكم السفيه » ·

وتقابل المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران التى تنص على أن المحجور عليه حجرا قضائيا لسفه تصح تصرفاته فى وصاياه بالقرب من ثلث ماله ان كان له وارث ·

(مادة ١٠٢)

١ – اذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد ، جاز للمحكمة

ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ ــ فبعد تسجيل قرار المساعدة ، اذا صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا اى تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف موقوفا على اجازة المساعد أو المحكمة .

هــذه المادة تقابل المادة ١١٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، او اعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ ــ ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية ، فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » .

وقد أدخل على هــذه المادة الواردة فى التقنين الحالى التعديلات الآتيــة :

أولا ــ أضيف الى الفقرة الأولى الحالة التى يخشى فيها من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد . وذلك حتى يتسق النص المقترح مع نص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال الذى يتناول هذه الحالة الى جانب حالة الاصابة بعاهتين من العاهات الثلاثة المذكورة .

ثانيا ــ عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى اصم او اعمى أبكم وتعذر بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصى » .

وتقابل المادة ١٣٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

وتقابل المواد ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٣)

اذا كان طلب الحجر أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر أو المساعدة . ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار من أحكام .

هذا نص مستحدث ، وقد قصد من ايراده اعمال حكم المادتين ١٠٢٦ و ١٠٢٨ من تقنين المرافعات ، حيث تجيز الأولى تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية ، وترتب الثانية على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق أحكام القانون المدنى .

(مادة ١٠٤)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٣٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ١٠٥)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض ، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته .

وهذه المادة تطابق المادة ١١٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد ٢٠ ــ غير أنه اذا لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزمه التعويض » .

وتطابق فى حكمها المادة ٩٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٦)

١ ــ يكون الغلط جوهريا ، بفوات الوصف المرغوب فيه ، اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ ــ فيكون العقد موقوف النفاذ :

(أ) اذا وقع الغلط فى صــفة للشىء تـكون جوهرية فى اعتبـار المتعـاقـدين أو يجب اعتبـارها كـذلك لمـا يلابس العقد من ظروف ولمـا يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

(ج) اذا وقع الغلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها ضرورية للعقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٢١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى: « ١ – يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ – ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو صفة من صفاته . وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) أضيف الى الفقرة الأولى معيار الغلط الذى يقول به الفقه الاسلامى كمرادف للغلط الجوهرى ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه . وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذى تقول به النظرية الحديثة فى الغلط على النحو الوارد فى هذه الفقرة .

وطبقا لما يقول به الفقه الاسلامى ، فان فوات الوصف المرغوب فيه قد تدل عليه الارادة الصريحة فى العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الاشياء أو العرف (انظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٠ – ١٤١ . البدائع ج٥ص١٤٠ و٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٩٢ و ٣٣٥ . فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ و٢٠١ و٢٠٦ . المبسوط ج ١٣ ص ١٢ و ١٣ . البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠٥ . عبد الرازق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ص (١١١ – ١٥٦) . وهذا ماذكرته المادة ١٥١ من التقنين الأردنى ، وهو يدخل جميعه فى نطاق الدلالات التى وردت فى البنود أ و ب و ج من الفقرة الثانية للنص المقترح .

(٢) صيغت العبارة الأولى من الفقرة الثانية على نحو يخالف ما جاء فى نص التقنين الحالى . فعبارة هذا النص تدل على أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط . بينما العبارة المقترحة يفهم منها حصر حالات الغلط فى البنود التالية . وقد روعى فى هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف .

(٣) أضيف بند ثالث (ج) للبندين الواردين فى نص التقنين الحالى، وقد جاء هذا البند فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى، ولكنه حذف لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لايراد الفقرة الثانية من النص على سبيل التمثيل ، لاسيما وأن الحالة المحذوفة مستفاد حكمها مما وردفى البند الأول .

ومع ذلك رؤى اضافة هذا البند لتأكيد أن ثمة حالتين للغلط غير تلك التى وردت فى البندين (أ و ب) وهما حالة الغلط فى القيمة وحالة الغلط فى الباعث .

والمادة المقترحة يقابلها المادتان ١١٧ و ١١٨ من التقنين المدنى العراقى . فالمادة ١١٧ من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذى يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا أنه يكون موقوفا على اجازة العاقد .

٢ – فاذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على أجازة المشترى » .

وهذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة .

والمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة، حيث تنص على ما ياتى :

لاعبرة بالظن البين خطاه . فلا ينفذ العقد :

« ١ – اذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

٢ – اذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد .

٣ – اذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد » .

وفى التقنين الأردنى يقابل المادة المقترحة المواد ١٥١ و١٥٢ و١٥٣ . فالمادة ١٥١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يعتبر الغلط الا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف » .

والمادة ١٥٢ من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد، حيث تنص على أنه « اذا وقع الغلط فى ماهية العقد أو فى شرط من شروط الانعقاد أو فى المحل بطل العقد » .

والمادة ١٥٣ من هذا التقنين تتناول الغلط الذى يخول العاقد خيار الفسخ ، حيث تنص على أن « للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط فى أمر مرغوب كصفة فى المحل أو ذات المتعاقد أو صفة فيه » .

ويتضح من هذه النصوص أن أحكام الغلط فى التقنين العراقى والتقنين الأردنى ، وهما التقنينان اللذان حرصا على الأخذ من الشريعة الاسلامية ، تتفق فى الجملة مع ما تقضى به المادة المقترحة . فالمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة . والمادة ١٥٣ من التقنين الأردنى ذكرت الحالات الواردة فى البندين (أ و ب) من المادة المقترحة على سبيل التمثيل .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن نصوص الفقه الاسلامى تتناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : هو الغلط المانع الذى يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط فى جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذى اعتقده أحد العاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فاذا هو زجاج . وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشا ، كمن يبيع دارا من آجر فاذا بها من لبن .

والنوع الثانى هو الغلط الذى لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ ، ان شاء فسخ العقد وان شاء امضاه . وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش فى التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا أحمر فاذا هو أصفر ، أو يقع غلط فى ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه اذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار (انظر المراجع التى تقدمت الاشارة اليها) .

وقد جمع التقنين العراقى فى نصوصه كما رأينا بين الغلط المانع من انعقاد العقد ، والغلط الذى لا يمنع من وجود العقد ولكن يجعله موقوفا على أجازة العاقد . فجاءت المادة ١١٧ منه فى هذا المعنى مطابقة فى حكمها لما تنص عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة خيار الفسخ . ولكنه مع ذلك أراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الاسلامى وأحكام التقنين المصرى الحالى ، فأخذ الى جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة فى الغلط التى تقوم على فكرة الغلط الجوهرى كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر .

أما التقنين المدنى الأردنى فقد جمع فى نصوصه بين الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلا والغلط الذى لا يمنع من وقوع العقد صحيحا ولكن يكون للعاقد فيه خيار الفسخ ، دون أن يشير صراحة الى فكرة الغلط الجوهرى .

وجدير بالذكر أن التركيز فى هذا البيان على التقنين العراقى والتقنين الأردنى انما يرجع الى أنهما التقنينان العربيان اللذان أخذا من الشريعة الاسلامية بقدر وفير . أما التقنينات العربية الأخرى ، كالتقنين المدنى السورى والتقنين المدنى الليبى ، فنصوصها مطابقة للتقنين المصرى .

وقد رؤى فى النصوص المقترحة فى موضوع الغلط ، وهى تطابق فى الجملة التقنين الحالى ، استبعاد النص على الغلط المانع ، لأنه ينصب على طبيعة العقد أو على ركن فيه . وهذا النوع من الغلط يعدم الارادة ، فحقيقته أن توافق الارادتين لم يتم فى شأن ركن من أركان العقد ، فيكون ركن التراضى غير موجود ، ومن ثم يقع العقد باطلا .

فنحن فى هذا المقام بصدد غلط يعيب الارادة ولا يمس وجودها ، فلا يمنع من وجود العقد صحيحا ، وانما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد .

ولعل فى وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهرى الذى تقوم عليها النظرية الحديثة فى الغلط ، وهى الفكرة التى يأخذ بها التقنين الحالى ، ما يكفل الافادة من التقدم العلمى فى عصرنا . حيث المعيار ذاتى ، فهو يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسى الى التعاقد سواء انصب الغلط على صفة جوهرية فى الشيىء ، أو ذات المتعاقد او صفة فيه اذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار ، أو قيمة الشيء أو الباعث على التعاقد . وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة الى المراحل السابقة التى مرت بها فكرة الغلط . وان كان الفقه الاسلامى لايعرض للغلط فى القيمة الا عن طريق الغبن ، ثم هو لا يعتد بالغبن الا اذا صحبه تغرير أو تدليس .

ففكرة الغلط الجوهرى بهذا المعنى وهذا الشمول ليست سوى تحديدا دقيقا للمعيار الذى يأخذ به الفقه الاسلامى ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه فى ضوء ما تدل عليه الارادة الصريحة فى العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف .

(مادة ١٠٧)

يكون العقد موقوف النفاذ لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادة السابقة ، ما لم يقض القانون بغير هذا .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ، وادخال تعديل لفظى فى نهاية النص .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى على فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط فى القانون وتوافرت شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين (١٥١ و ١٥٢) ما لم يقض القانون بغيره » .

(مادة ١٠٨)

لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى غلط أن يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم ، أو كان من المفروض حتما أن يتبينه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد ، اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدرها · كما استبدلت فى نهايتها عبارة « أو كان من المفروض حتما أن يتبينه » بعبارة « أو كان من السهل عليه ان يتبينه » ، اذ ليس هناك ما يبرر اختلاف هذه العبارة عن مثيلتها فى خصوص التدليس والاكراه · ويظهر أن سبب اختلاف العبارة أن لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والاكراه فى مشروع التقنين الحالى سها عليها أن تجرى التعديل ذاته فى النص الخاص بالغلط ، مع أنه لايوجد مايبرر التشدد فى استخلاص العلم فى التدليس والاكراه عنه فى الغلط ، بل العكس هو الأولى ·

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٩ من التقنين العراقى ·

وتطابق فى حكمها ١٤٧/١ من التقنين الكويتى ·

(مادة ١٠٩)

١ ـ ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ·

٢ ـ ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه · اذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ·

هذه المادة تطابق المادة ١٢٤ من التقنين الحالى · والمادة ١٥٦ من من التقنين الأردنى ·

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الكويتى ·

(مادة ١١٠)

لا يؤثر فى نفاذ العقد مجرد الغلط فى الحساب أو الكتابة ، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط ·

هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » ·

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع فكرة العقد الموقوف ، وذلك باستبدال كلمة « نفاذ » بعبارة « صحة العقد » · كما عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « أو الكتابة » بعبارة « ولا غلطات القلم » ، كى تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادى · واضيفت كلمة « هذا » قبل كلمة « الغلط » الواردة فى نهاية النص ·

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٠ من التقنين العراقى ، والمادة١٥٥ من التقنين الأردنى · وتقابل المادة ١٥٠ من التقنين الكويتى ·

(مادة ١١١)

١ ـ يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس ، سواء أكان قوليا أم فعليا ، اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد ·

٢ ـ ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ·

هذه المادة تقابل المادة ١٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد ·

٢ ـ ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » ·

وقد أدخلت على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلات ثلاثة : الأول ذكر عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » فى صدر الفقرة أخذا بفكرة العقد الموقوف · والثانى اضافة عبارة « سواء أكان قوليا أم فعليا » بعد لفظ « للتدليس » محاكاة للفقه الاسلامى الذى يقسم التدليس الى تدليس فعلى وتدليس قولى · والثالث ابدال لفظ « الآخر » فى نهاية الفقرة بلفظ « الثانى » ·

والمادة المقترحة يقابلها فى التقنين العراقى المادتان ١٢١ و ١٢٣ فالمادة ١٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان فى العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون · فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه ·

٢ ـ ويعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » ·

والمادة ١٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشىء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهرى ويكون العقد نافذا فى جميع هذه الأحوال » ·

ويقابل المادة المقترحة فى التقنين الاردنى المواد ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٥٠ ·

فالمادة ١٤٣ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، حيث تنص على أن « التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها » ·

والمادة ١٤٤ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، حيث تنص على أنه « يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أوملابسة تغريرا اذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتك الواقعة أو هذه الملابسة » ·

والمادة ١٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد » ·

والمادة ١٥٠ من هذا التقنين تنص على أنه « يسقط الحق فى الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق فى الفسخ وبالتصرف فى المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته » ·

ويستعمل الفقه الاسلامى فى هذا الصدد لفظ «التغرير» ، ويستعمل فى بعض المواطن لفظ « التدليس » . ولكنه لا يعتد بالتدليس الا اذااقترن به غبن . وفى هذا المعنى نصت المادة ٣٥٦ من المجلة على أنه « اذا وجد غبن فاحش فى البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع » . ونصت المادة ٢٥٧ على أنه « اذا أغر أحد المتبايعين الاخر وتحقق أن فى البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ » . ونصت المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران على أن « الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخهللمغبون الا اذا كان فيهتغرير .... » . (انظر كذلك المادة ١٢١ / ١ عراقى والمادة ١٤٥ اردنى السالف ذكرهما) .

ويحيط الفقه الاسلامى احاطة تامة بجميع النواحى التى يثيرها موضوع التدليس .

فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية - ومن امثلة ذلك تصرية الأبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المشترى أنها كثيرة اللبن ، وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة كى يتوهم المشترى والمستاجر كثرته (أنظر : ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ج ٤ص٧٣و٧٤ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٦) .

ويتناول التغرير عن طريق الكذب . من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرا فى عقود الأمانة التى يقال لها بياعات الأمانة .حيث يطمئن المشترى الى امانه البائع فيشترى منه على أساس الثمن الذى اشترى به السلعة . فاذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى سمى البيع مرابحة . واذا بيعت على ان ينقص قدر معلوم منهذا الثمن سمى البيع وضيعه . واذا بيعت بثمنها الأصلى سمى البيع تولية اذا أخذ المشترى كل السلعة ، وسمى اشتراكا اذا أخذ المشترى جزءا منها . ففى هذه العقود اذا كذب البائع فى بيان الثمن الأصلى كان هذا الكذب خيانة وتغريرا (م ١٢١/٢ عراقى . البدائع ج ٥ ص ٢٢٣ . المدونة ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ . المهذب ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠) . ومنامثلة عقود الأمانة فى العصر الحاضر عقود التامين ، حيث لا يجوز للمؤمن عليه ان يكذب فى بيان يعطيه للشركة أو أن يكتم امرا له تاثير فى التعاقد (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص١٦٦ - ١٧٤) . ومن هذا القبيل أيضا فى الفقه الاسلامى بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد أن لادارية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه أن يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس او تشترى به ، فاذا كذب عليه المتعامل معه فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ١٧٥ وما بعدها) .

كذلك يتناول الفقه الاسلامى التغرير عن طريق الكتمان . من ذلك انه فى بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر على ذكر الثمن الأصلى ويكتمبيانا من شانه ان يؤثر فى قيمة المبيع ، كمالواشترى نسيئة ويبيع نقدا . حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسا . ومن هذا القبيل أيضا أن يعمد البائع الى اخفاء عيب فى المبيع بان يكتمه عن المشترى .

ويتناول الفقه الاسلامى أيضا التغرير الصادر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذى يفيد من التدليس . من ذلك الناجش ، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالى فى السلعه حتى يبلغها أكثر منقيمتها. ومن ذلك أيضا التدليس الصادر من الدلال . وقد نصت المادة ٥٣٢ من مرشد الحيران على أنه « لارد فى غبن فاحش فى البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غرة الدلال .... » .

ويتضح من هذا العرض أن الفقه الاسلامى فى احاطته بالنواحى المختلفة التى يثيرها موضوع التدليس قد وصل الى مدى يدانى ما وصل اليه فقه القانون الحديث . غير أن هناك اختلافا بين الفقهين فى خصوص معيار التدليس . ففقه القانون الحديث يقف عند معيار أوحد للتدليس، هو المعيار الذاتى الذى مقتضاه أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد. بينما يقرن الفقه الاسلامى بهذا المعيار الذاتى معيارا موضوعيا ، هو أن يقترن بالتدليس غبن . وصحيح أن الغبن قد يتحقق فى فريق من حالات التدليس . ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع العاقد الى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليقدم عليه لولا الحيلة التى استعملت معه لدفعه الى التعاقد . ولهذا يعتبر التدليس فى حد ذاته فعلا ضارا يخول الحق فى المطالبة بالتعويض فضلا عن طلب ابطال العقد . ومن ثم فالاقتصار على المعيار الذاتى فى هذا الخصوص من شانه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه ، ولهذا رؤى الوقوف فى النصوص المقترحة عند المعيار الذاتى وحده ، وهو ما ياخذ به التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١/١٥٣ من التقنين الكويتى ، وذلك فيما عدا أن هذا التقنين ياخذ بفكرة العقد القابل للابطال .

(مادة ١١٢)

اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل هذه الأخيرة بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ،حيث تنص على أنه « اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب الابطال ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت العاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد » .

وتقابل المادة ١٤٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أو المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه » .

وتقابل المادة ٢/١٥٣ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامى كما هو واضح من البيان السالف الذكر .

(مادة ١١٢)

١ – يكون العقد موقوف النفاذ للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ – وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذى يدعيها أن المكره قادر على ايقاع ما يهدد به وأن خطرا جسيما يهدده فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ – والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذى رحم محرم يعتبر اكراها .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٧ فقرة أولى وثانية من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ – وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولا – استبدل بعبارة « يجوز ابطال العقد » فى صدر الفقرة الأولى عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » . وذلك للأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

ثانيا – أضيف فى الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكره أن من صدر منه الاكراه قادر على تحقيق ما يهدد به .

وهذه الفكرة تعتبر شرطا مستقلا لكى يكون الاكراه معتبرا فى الفقه الاسلامى . فهذا الفقه لايقتصر على المعيار الذاتى أو النفسى الذى يقول به الفقه الحديث ويأخذ به التقنين الحالى ، وهو ان يبعث الاكراه رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به، بل يقرن هذا المعيار النفسى بمعيار مادى هو ان يكون من صدر منه الاكراه قادرا على ايقاع ما هدد به . وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة على المعيار المادى فقالت : « يشترط أن يكون المجبر مقتدرا على ايقاع تهديده، بناء عليه من لم يكن مقتدرا على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه » . ونصت المادة ١٠٠٤ من المجلة على المعيار النفسى فقالت : « يشترط خوف المكره من وقوع المكره به ، يعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه . ونصت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران على هذين المعيارين فقالت : «يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به فى الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ان يفعل الأمر المكره عليه فان كان المجبر غير قادر على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبرا » .

(انظر أيضا فى هذا المعنى : المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩ ، البدائع ج ٧ ص ١٧٦ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢١٧ – ٢١٩) .

وقد سار التقنين العراقى والتقنين الأردنى على هذا النهج . فنصت المادة ١١٣ من التقنين العراقى على انه « يجب لاعتبار الاكراه ان يكون المكره قادرا على ايقاع تهديده ، وان يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بان يغلب على ظنه وقوع المكره به ان لم يفعل الامر المكره عليه » . ونصت المادة ١٤٠ من التقنين الأردنى على انه «يشترط أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلا ان لم يفعل ما أكره عليه » .

ولكن رؤى فى النص المقترح ان يكون المعيار المادى مستمدا من تصور المكره قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما هدد به . فقد يكون هذا الأخير غير قادر على تحقيق وعيده ، ومع ذلك يتحقق الاكراه ما دام يتوفر لدى المكره هذا التصور الذى تدعمه ظروف الحال .

ثالثا – أضيف فى الفقرة الثانية ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد، مع حذف وصف الخطر الجسيم بانه محدق .

ذلك ان الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من التقنين الحالى السالف ذكرها تشترط فى الخطر الجسيم الذى يتصوره المكره ان يكون محدقا، وكان نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يشترط فى هذا الخطر او يكون حالا . وعبرت المذكرة الايضاحية لذلك التقنين عن هذا الشرط بقولها أن الخطر يجب ان يكون وشيك الحلول (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٨٠) .

ولكن الرأى فى الفقه المعاصر ، وهو أيضا رأى الفقه الاسلامى (انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ؛ كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٧٧ – ١٧٨ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص٢٠٧ و ٢٠٨ . وقارن المادة ١٠٠٥ من المجلة والمادة ٢٩٠ من مرشد الحيران) ، أن الذى يعتد به ليس كون الخطر حالا أو مستقبلا وانما تأثر الارادة أو عدم تأثرها بالتهديد الموجه الى المكره . فالخوف من الخطر هو الذى يجب ان يكون حالا ، فقد يكون الخطر مستقبلا ومع ذلك يولد رهبة فى الحال تدفع الى التعاقد . حيث يتوقف الأمر قبل كل شىء على حالة المتعاقد النفسية . ومن ثم يكون المعول عليه هو أن تكون الرهبة حالة فى نفس المكره وقت التعاقد ، ويستوى بعد ذلك أن يكون الخطر حالا أو غير حال . وهذا هو المعنى الذى روعى فى صياغة النص المقترح .

رابعا – أضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الاكراه عند التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذى رحم محرم بدلا من اطلاق لفظ الغير الذى جاء فى التقنين الحالى . وذلك أخذا بما يقول به الفقه الاسلامى فى تحديد أشخاص هذا الغير ، حيث يعتبر اكراها كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم (المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٣ – ١٤٤ . م ٢٨٧ من مرشد الحيران) .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقى والتقنين الأردنى . فنصت المادة ١١٢ فقرة ٣ من التقنين العراقى على أن « التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذى رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ويكون ملجئا أو غير ملجىء بحسب الأحوال » . ونصت المادة ١٣٧ من التقنين الأردنى على أن « التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو ذى رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ، ويكون ملجئا أو غير ملجىء بحسب الأحوال » .

والراى فى الفقه المعاصر انه فى التقنينات التى تحدد أشخاص الغير فى هذا الصدد ، كالتقنين الفرنسى (م ١١١٣ مدنى) والتقنين اللبنانى (م ١/٢١٠ موجبات وعقود) والتقنين العراقى (م ٣/١١٢ مدنى) والتقنين الأردنى (م ١٢٧ مدنى) ، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الامر ان الخطر اذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على ان الاكراه متحقق ، واذا هدد غير هؤلاء وجب اثبات ان الخطر الذى يهدده اثر فى نفس المتعاقد الى حد الاكراه .

هذا ، وقد ظفر الاكراه فى الفقه الاسلامى بعناية لم يظفر بها اى عيب آخر من عيوب الارادة . حتى ان المذهبين الحنفى والشافعى جعلا الجزاء عليه اشد من الجزاء على عيوب الارادة الأخرى . فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار فى امضاء العقد او فسخه . اما فى الاكراه فالمذهب الحنفى يتردد بين فساد العقد وتوقفه ، وكلاهما أشد من عدم اللزوم . والمذهب الشافعى يجعل جزاء الاكراه البطلان . اما المذهب المالكى فيجعل تصرف المكره غير لازم .

والاكراه فى الفقه الاسلامى هو حمل الغير على ما لايرضاه . ذلك ان الاراده فى الفقه الاسلامى تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضاء . والاكراه على نوعين : اكراه ملجىء وهو الاكراه الذى يهدد بفوات النفس أو العضو ، واكراه غير ملجىء وهو الاكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضاء . ويفرق بينهما ان الاكراه الملجىء يفسد الاختيار ، فيؤثر فى التصرفات القوليه والتصرفات الفعلية ، اى فى التصرفات القانونية والوقائع الماديه . فيفسد الأولى ويصلح عذرا يعفى من المسئولية عن الثانية . اما الاكراه غير الملجىء فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر فى التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجىء فانه يكون معتبرا فى التصرفات القانونية باعتباره عيبا من عيوب الارادة .

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى المادة ١٠٠٧ من المجلة والمادة ٢٨٦ من مرشد الحيران .

كما وردت هذه التفرقة فى المادة ٢/١١٢ من التقنين العراقى والمادتين ١٣٦ ، ١٣٨ من التقنين الاردنى .

ومع ذلك فان حكم الاكراه فى التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما اذا كان ملجئا أم غير ملجىء . ولهذا نصت المادة ١١٥ من التقنين العراقى على أن « من أكره اكراها معتبرا باحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة ١٤١ من التقنين الاردنى على انه من أكره باحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازه المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا » .

لهذا رؤى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى النص المقترح ، ما دام ان حكم النوعين واحد فى التصرفات القانونية .

(انظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٩٨ – ٢٣٥ . وانظر المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ – ١٠٠٦ من المجلة والمواد ٢٨٥ – ٢٩٩ من مرشد الحيران) .

والنص المقترح يقابل المادة ١١٣ من التقنين العراقى ، والمادة ١٤٠ من التقنين الأردنى . وقد تقدم ذكر هذين النصين .

ويقابل المادة ١٥٦ / ١ و ٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٤)

يراعى فى تقدير الاكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التاثر ومستوى الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التى يكون من شانها ان تؤثر فى جسامة الاكراه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣/١٢٧ من التقنين الحالى التى تجرى على النحو التالى : « يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شانه ان يؤثر فى جسامة الاكراه » .

وتطابق فى حكمها المادة ١١٤ من التقنين العراقى ، والمادة ١٣٩ من لتقنين الأردنى ، والمادة ٣/١٥٦ من التقنين الكويتى ، والمادة ٢٨٨ من مرشد الحيراو (انظر : المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠و٦٨ و ص ١٥١ – ١٥٤ . وانظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها) .

(مادة ١١٥)

اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فلا يتوقف العقد ، مالم يثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى: « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه » .

وقد عدلت مادة التقنين الحالى بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، كما ادخل عليها تعديل لفظى على النحو الوارد فى النص المقترح .

والفقه الاسلامى يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين (انظر الخانية ج٣ ص٤٨٥ و ٤٨٦) ، ولكن يبدو أنه لايشترط أن يكون المتعاقد المستفيد من الاكراه متواطئا مع الغير الذى وقع منه الاكراه . أو عالما بما وقع من الاكراه أو مستطيعا أن يعلمه (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ٢٢١ومابعدها).

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١٥٧ / ٢ من التقنين الكويتى .

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على أنه « اذا ابرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الاكراه ، اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » .

وهذا النص يواجه الاكراه فى حالة الضرورة . ويراد به ان ظروفا تتهيا مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على ارادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن تشرف سفينة على الغرق فتتقدم اخرى لانقاذها ، ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الانقاذ التعهد بمبلغ كبير فى مقابل عملية الانقاذ . أو يتقدم شخص لانقاذ آخر من غرق او حريق أو قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ مقابل ذلك . أو يطلب طبيب متخصص فى نوع خطير من العمليات الجراحية أجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك اذا لم تجر له هذه العملية.

ويفرق النص بين ما اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف التى تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد المكره ، وما اذا كان سىء النية واراد استغلال هذه الظروف . فلايجوز ابطال العقد فى الحالة الأولى ، ويجوز هذا الابطال فى الحالة الثانية .

ويتفق الراى فى الفقه مع التفرقة التى يقول بها النص . فهو يرى أن الاكراه يتحقق فى حالة الضرورة اذا كان الطرف الآخر سىء النية واستغل الظروف التى تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد بغية الحصول على مغنم فاحش .

كما ان مذهب مالك فى الفقه الاسلامى يعتد بالاكراه فى هذه الحالة (الحطاب ج ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٠ - المواق ج ٤ ص ٢٤٩ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٢١) .

ولكن مع ذلك رئى عدم ايراد مثل هذا النص لان حالة الضرورة تدخل فى نطاق الاستغلال على اعتبار أنها تنطوى على استغلال حاجة المتعاقد ، اذ ان معنى الحاجة لا يقتصر على الحاجة المادية ، بل يشمل كذلك صورها الأخرى .

(مادة ١١٦)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل ، بدرجة غير مألوفة ، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف . ويجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويسرى هذا الحكم اذا كان التصرف تبرعا ، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو مع ما يؤلف التبرع به فى مثل ظروفه .

٣ - ويجوز فى جميع الأحوال ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض مايراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبوله .

٣ - ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

وقد كانت هذه المادة فى مشروع هذا التقنين بعد ان عدلت فى لجنة المراجعة تجرى على النحو الآتى :

« ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه او حاجته او عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا .

٢ - ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

ثم عدلت هذه المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الى ماهى عليه الآن . حيث رات اللجنة عدم التوسع الى الحد الذى ورد فى المشروع على غرار نظيره فى اكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألمانى والسويسرى والبولونى واللبنانى والمشروع الفرنسى الايطالى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٩ - ٢٠٣) .

والواقع ان نص التقنين الحالى منتقد من ناحيتين : الأولى أنه يقصر عن مواجهة حالات استطاع القضاء فيها ان يكفل الحمايه للطرف المغبون اذا أبرم التصرف وهو مسلوب الارادة ، دون أن يكون ذلك راجعا الى طيش أو هوى ، وهى الحالات التى لجأ فيها القضاء الى نظرية الاستهواء والتسلط على الارادة . مثل ذلك أن قضى بابطال عقد بيع لفساد رضاء البائع بسبب كونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها ان تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لاولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقض مدنى فى ٢ يناير ١٩٤١ ، مجموعة القواعد القانونية ج٣ص٢٢٦ رقم ١٨٩ . انظر كذلك نقض مدنى فى ٢٩ ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥) . كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به فى سند صدر منه وهو فى حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الارادة (استئناف مصر فى ٣١ مايو ١٩٣٣ ، المحاماه ١٤ - ١٦٧ - ٨٦) .

والناحية الثانية انه لا يتفق مع النزعة السائدة فى العصر الحاضر ، وهى تأبى استغلال احد المتعاقدين لحالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر ، أيا كان سببها . فهناك نواح عديدة للضعف يمكن أن تكون محل استغلال ، ولاوجه لان نحرم الاستغلال فى ناحية ونتركه فى ناحية أخرى ، فهذا مسلك لا نجده فى أى من التشريعات الحديثة التى أخذت بنظرية الاستغلال ، كما أنه يضيق من نطاق الحكم الى حد يقعد به عن ان يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الأكمل .

ويلاحظ فى النص المقترح ما يأتى :

اولا - انه توسع فى حالات الضعف التى يمكن ان تكون محل استغلال ، على غرار ماجاء فى التشريعات الأجنبية الحديثة ، حتى يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الأكمل .

ثانيا - أنه ، وان جعل العقد موقوفا ، الا أنه أبقى على الجزاء الذى ينص عليه التقنين الحالى ، وهو ابطال العقد وانقاص التزامات المتعاقد المغبون .

ثالثا – انه افرد فقرة للتبرعات . واقتضى هذا ان يتحدد المعيار الذى يهتدى به القاضى فى تقدير مدى الغبن . ذلك أنه فى المعاوضات يتمثل العنصر المادى فى الاستغلال فى اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة . اما فى التبرعات فلا محل للقول ان هناك اختلالا فى التعادل، اذ لاتعادل اصلا ، فهو معدوم لان العاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطى . ولذلك فان تقدير العنصر المادى فيها ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة الى ما يؤلف التبرع به فى مثل الظروف التى وجد فيها المتصرف .

رابعا – انه عمم الحكم فى حالة ما اذا اراد الطرف الآخر ان يتوقى الابطال فيعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن . فلم يجعله قاصرا على عقود المعاوضة كما هو الحكم فى نص التقنين الحالى . بل جعله شاملا ايضا للتبرعات .

خامسا – انه قد اغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالى التى توجب ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد ، اذ لاوجه للتفريق فيما يتعلق بحكم تقادم الدعوى بين الاستغلال وغيره من عيوب الارادة .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ١٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على ماياتى : « اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له فى خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان التصرف الذى صدر منه تبرعا جاز له فى هذه المدة أن ينقضه » .

وتقابلها المواد ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ ان الفقه الاسلامى لا يعتد بالغبن الفاحش بدون تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ مرشد الحيران و م ٢/١٢٤ مدنى عراقى و م ١٤٩ مدنى اردنى) . وفى غير هذه الحالات لا يعتد هذا الفقه بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تغرير (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران و م ١/١٢١ مدنى عراقى و م ١٤٥ مدنى أردنى) . والتغرير ، أى التدليس ، يدنو فى جوهره من الاستغلال . حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمى المتعاقد على الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى ، لما لطيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه . اذ ان عيوب الارادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها من غيره من العيوب فصلا تاما . فما تتأثر به الارادة فى الاستغلال يختلف فى جوهره عما تتأثر به فى العيوب الاخرى .

بل انه يمكن القول ان الغلط فى القيمة على النحو الذى يعرضه الفقه الاسلامى انما ينطوى على استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته . ففى المذهب الحنفى يقول الحموى فى غمز عيون البصائر (ج ٢ ص ١٩٥) : « خيار الغبن يثبت فى صورة الوكيل والوصى . وفى صورة تغرير البائع المشترى ، بان كان المشترى غبيا لا يعرف ، فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن » .

وفى المذهب الحنفى أيضا قد يستغل العاقد المغبون فى حاجته الملحة اذا كان مضطرا الى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر الرجل الى طعام او شراب او لباس او غيرها ، ولا يبيعها البائع الا باكثر من ثمنها بكثير ... » .

(عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ج ٢ ص ١٥١ و ١٥٢) .

(مادة ١١٧)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٠ من التقنين الحالى .

(٢) المحل

(مادة ١١٨)

١ – يجب ان يكون محل العقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا.

٢ – ولا يجوز التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة ، ولو كان ذلك برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها القانون .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية المحل . فمنهم من يعتبره ركنا فى الالتزام . ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الرأى الأخير رغم صحته لايفصل فى الخلاف ، لان المحل أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا هى التى تتجه الى التعاقد وهى على بينة من المحل . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر ، فكل من المحلين يتميز عن الاخر . ويظهر هذا التميز فيما نصت عليه المادة ١٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى اذ تقول : « الموضوع الحقيقى لكل عقد هو انشاء الموجبات ، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات » . حيث يتضح من هذا النص ان الشارع اللبنانى يفرق بحق بين محل الالتزام ومحل العقد .

فمحل الالتزام هو الأداء الذى يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن . وهو اما اعطاء شىء أو عمل غير الاعطاء أو امتناع عن عمل .

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر .

وآية ذلك ان محل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا ، لان العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة وكما فى تحريم التعامل فى الحق المتنازع فيه بالنسبة الى القضاء وأعضاء النيابة اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها .

ولا يتطلب القانون فى محل العقد الا شرطا واحدا ، هو أن يكون مشروعا اى لا يخالف النظام العام والآداب .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة نص مستحدث .

اما الفقرة الثانية فتطابق المادة ٢/١٣١ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢٩ من التقنين العراقى والمادة ٢/١٦٠ من التقنين الأردنى والمادة ١٦٩ من التقنين الكويتى .

وسند حكمها فى الفقه الاسلامى أن النهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم . ومن ثم يكون التعامل فى التركة المستقبلة باطلا لما يقع فيه من الغبن والضرر (انظر ابن القيم فى اعلام الموقعين ج أول ص ٣٥٧ – ٣٦١ . عبد الرزاق السنهورى ،

(مادة ١١٩)

١ - يجب ان يكون محل الالتزام الذى ينشأ من العقد ممكنا ، ومعينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشه أو قابلا لهذا التعيين ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ - ويجوز ان يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر .

يقابل هذا النص فى فقرته الأولى المادة ١٨١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تقول : « يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمرا ممكنا ، ومعينا أو قابلا للتعيين ، وجائزا شرعا والا كان العقد باطلا » وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمواد التالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٧ فى الهامش) .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الاسلامى من وجوب أن يكون المحل معينا تعيينا واضحا لا يتطرق اليه أى شك ، وذلك خوفا على الصفقه من الغرر . فهويتشدد فى التطبيق فيتطلب قدرا من التعيين أكبر مما يتطلبه التقنين الحالى ، حيث يجب أن يكون محل الالتزام معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشه ، أو يكون قابلا للتعيين على هذا النحو (أنظر الحطاب ج٤ ص٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٩ - البدائع ج٥ ص١٥٦ - ١٦١ - الزيلعى ج ٤ ص ٥ و ٦ - المهذب ج ١ ص ٢٦٦ - عبد الرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٣ ص٦٩ - ٨٢ - م ١٩٧ - ٢٠٤ ، من المجلة وم ٣٠٢ و ٣٠٣ من مرشد الحيران) .

والفقرة الأولى من النص المقترح تطابقها فى الحكم المادة ١٢٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة . ولايكتفىبذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢ - على أنه يكفى ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .

٣ - فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل » .
وتطابقها فى الحكم المادة ١٦١ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابقها فى الحكم المواد ١٦٧ و ١٧١ / ١ و ١٧٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية من النص المقترح روعى فى حكمها ما يخشاه الفقه الاسلامى من غرر فى الصفقة . فالنهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم كما سبق القول . فاذا كان التعامل فى الشىء المستقبل احتماليا جزافا ، فانه يكون باطلا لما فيه من الغبن والغرر . أما اذا كان التعامل غير جزاف ، بحيث لايدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما ياخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل ويتحقق ذلك اذا عين الشىء تعيينا نافيا للجهالة والغرر . وقد نصت المادة ١٢٩/١ من التقنين العراقى فى هذا المعنى على انه « يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافياللجهالة والغرر» . كما نصت المادة ١٦٠/١ من التقنين الاردنى على انه « يجوز ان يكون محلا للمعارضات المالية الشىء المستقبل اذا انتفى الغرر » . وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ٥٧ و ٥٨) .

وهذه الفقرة تقابلها المادة ١٦٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٠)

اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٧ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٩ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٦٧ من التقنين الكويتى .

(انظر البدائع ج٥ ص١٤٧ و ١٤٨ و ١٦٨ - المبسوط ج١٢ ص١٩٤ - م ١٩٨ من المجلة وم ٣٦٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٢١)

١ - اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا .

٢ - ويكفى ان يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من اى ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف متوسط .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٧١/٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٢)

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اى اثر .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٤ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة « دفع مبلغ من النقود » بكلمة « نقودا » ، لأن محل الالتزام عمل ، وهو دفع مبلغ من النقود ، وليس النقود فى ذاتها .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٧٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٣)

يجوز ان يقترن العقد بشرط اذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب ، والا الغى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد .

هذا النص مستحدث . وهو يطابق فى حكمه المادة ١٣١ من التقنين العراقى التى تقول :

« ١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة .

٢ - كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » .

ويطابق فى حكمه ايضا المادة ١٦٤ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٣١ من التقنين العراقى .

ويطابق فى حكمة المادة ١٧٥ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى زاخر بالبحث فى مدى صحة الشروط التى تقترن بالعقد . فهناك الشرط الذى يقتضيه العقد ، والشرط الذى يلائم العقد ، والشرط الذى يجرى به العرف والعادة . وهناك الشرط الذى فيه نفع لاحد العاقدين او للغير . والمذاهب الاسلامية تختلف فيما بينها فى مدى صحة هذه الشروط . ويرجع هذا الاهتمام الى الحرص على مبدأ وحدة الصفقة من ناحية ، والى الخشية من شبهة الربا من ناحية اخرى اذا كان الشرط ينطوى على منفعة لا يقابلها عوض . ومع ذلك فقد تطور الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص فى مذاهبه المختلفة ولا سيما فى المذهبين المالكى والحنبلى . حتى كاد المذهب الحنبلى يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة ، ما لم تكن مخالفة للنظام العام او الآداب . وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة ١٣١ من التقنين العراقى والمادة ١٦٤ من التقنين الاردنى السالفتى الذكر .

(انظر فى المذهب الحنفى البدائع ج ٥ص ١٦٩ - ١٧٣ . وفى المذهب الشافعى المهذب ج ١ ص ٢٦٨ . وفى المذهب المالكى الحطاب ج ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٥ . وفى المذهب الحنبلى المغنى ج ٤ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ . وانظر عرضا وافيا لكل هذه المذاهب فى : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ١١٢ - ١٩٥) .

٣ - السبب

(مادة ١٣٤)

١ - يجب أن يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا ، والاكان العقد باطلا .

٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد الذى قام لديه الباعث غير المشروع أن يتمسك ببطلان العقد ، الا اذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية السبب . فمنهم من يعتبره ركنا فى الالتزام ، ومنهم من يعتبره ركنا فى العقد ، ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الراى الأخير رغم صحته لا يفصل فى الخلاف ، لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا تتجه الى التعاقد يحدوها غرض تهدف اليه أو باعث تتحرك بدافع منه . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر ، فكل من السببين يتميز عن الآخر .

ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى اذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » . كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون فى الدافع الشخصى الذى حمل الفريق العاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل فى العقد بل يختلف فى كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على أنه « اذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا » .

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من التقنين الأردنى : فالمادة ١٦٥ من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول : « ١ - لسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢ - ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » . والمادة ١٦٦ من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

« ١ - لايصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقدية .

٢ - ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . (م٣٠٥ من مرشد الحيران) .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعى ، وداخل فى العقد ، ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود . وهذا هو المعنى المقصود من اعتباره الغرض المجرد للملتزم . فمثلا فى عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما رغبته فى الحصول على الثمن ، ويكون سبب التزام المشترى بدفع الثمن هو دائما رغبته فى الحصول على المبيع .

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع الى التعاقد ، أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على ابرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص الى آخر فيتغير فى النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع لأنه فى حاجة الى مال ينفقه فى اغراض معيشته ، وذاك يبيع لأنه يريد أن يشترى بالثمن شيئا آخر . وفى هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام .

ولا يتطلب القانون فى سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوى شرط المشروعية ، اى عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، اذ لابد لكل ارادة من باعث يحركها والا كانت ارادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز .

على أنه اذا كان المتعاقد الذى يتمسك ببطلان العقد هو الطرف الذى قام لديه الباعث غير المشروع ، وجب أن يتوافر شرط آخر لامكان بطلان التصرف . وهو لا يتعلق بذاتية السبب ، وانما يتعلق باستقرار التعامل ، حيث يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع . اذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف فى حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئا . وهذا يتفق مع ما يشترطه القانون فى الغلط لابطال العقد من أن الطرف الذى لم يقع فى الغلط يجب أن يكون على علم به أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . كما أنه الحل الذى يأخذ به القضاء .

أما اذا كان الطرف الذى يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد ، ولكنه علم بعد ذلك بالباعث غير المشروع ، فانه يجاب الى طلب البطلان ، اذ أن هذا لا يمس استقرار التعامل ، كما أنه ليس من المقبول ان يكافأ الطرف الآثم على نجاحه فى اخفاء الباعث غير المشروع .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى والتقنين الأردنى يميزان فى نصوصهما بين سبب الالتزام وسبب العقد على النحو الذى تقدم ذكره ، كما ان فريقا من الفقه المصرى والفقه الفرنسى يقول بهذا التمييز ، وهو واضح كذلك فى أحكام القضاء ، حيث جاءت أغلب التطبيقات القضائية فى خصوص الباعث غير المشروع .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٦ من التقنين الأردنى التى تقول :

« ١ — لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

٢ — ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من التقنين الكويتى التى تقول : « ويعتد فى السبب بالباعث المستحث الذى يدفع المتعاقد الى التعاقد اذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، أو كان ينبغى عليه أن يعلمه » .

والباعث الدافع الى التعاقد له مكان ملحوظ فى الفقه الاسلامى . فهو الذى تقاس به النوايا على أساس من الاعتبارات الأدبية والخلقية والدينية . ولذلك فان المذهبين الحنبلى والمالكى يعتدان به سواء ذكر فى العقد أو لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر . فاذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، واذا كان غير مشروع فالعقد باطل (اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٦ — ٩٨ . المغنى ج ٤ ص٢٨٣ — ٢٨٥ . الحطاب ج ٤ص ٢٦٧) . بل أنه يعتد بالباعث ولو لم يعلم به الطرف الآخر اذا كانت الظروف بحيث ينبغى أن يعلم به (القواعد لابن رجب ص ٣٢١ و ٣٢٢) .

(انظر فى هذا : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٥٣ — ٨٦) .

كذلك يعتد الفقه الاسلامى الى جانب الباعث الدافع الى التعاقد باعتباره سببا للعقد ، بسبب الالتزام (البدائع جزء ٥ ص ٢٨٥) . وسنعود الى هذه النقطة عند الكلام فى المادة التالية .

(مادة ١٢٥)

يجب أن يكون سبب الالتزام موجودا ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٢/١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ، أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢ . ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام او الآداب » .

ويلاحظ هنا أنه طبقا لنص التقنين الحالى ونص التقنين العراقى وكذلك النص المقترح ، فانه يشترط فى سبب الالتزام شرطان هما الوجود والمشروعية . وبينما يزيد التقنين الأردنى على هذين الشرطين شرطا ثالثا ، هو أن يكون السبب صحيحا . والحقيقة ان هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين . فالسبب يكون غير صحيح فى حالتين : الأولى هى حالة الغلط فى السبب ، وفيها يتوهم العاقد سببا لا وجود له ، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود .والثانية هى حالة السبب الصورى . فاذا كانت الصورية مطلقة كان السبب غير موجود ، وبذلك تدخل هذه الحالة أيضا تحت شرط الوجود . واذا كانت الصورية نسبية بطل الالتزام اذا كان السبب المستتر غير مشروع ، وصح الالتزام اذا كان هذا السبب مشروعا ، ومن ثم تدخل هذه الحالة تحت شرط المشروعية .

ومن هنا يتضح ان عدم صحة السبب يرجع اما الى عدم وجوده ، أو الى عدم مشروعيته . فيكون شرطا الوجود والمشروعية هما فى الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان فى سبب الالتزام . ولهذا أغفل التقنين الحالى والتقنين العراقى وكذلك النص المقترح شرط الصحة فى السبب .

والفقه الاسلامى ، الى جانب اهتمامه الكبير بالباعث الدافع الى التعاقد كما رأينا ، فانه يعتد بسبب الالتزام . من ذلك ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : «كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة لوصحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض فى عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا» .وكذلك يبطل العقد اذا كان هناك غلط فى السبب(صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٨ و ٩٩) . ومن ذلك أيضا ما جاء فى الفروق (ج ٣ ص ٢٣٨): والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (صبحى محمصانى) ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٢) (أنظر فى هذا : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٥٥ فى الهامش).

(مادة ١٢٦)

يكون العقد صحيحا اذا توافرت اركانه اصلا ووصفا ، وهى الرضاء ممن هو اهل له والمحل والسبب بشروطهما الجوهرية والشكلية حين يفرضها القانون للانعقاد .

هذه المادة مستحدثة

وهي تطابق في حكمها المادة ١٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

٢ ـ واذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال » .

وتطابق في حكمها المادة ١٦٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » .

وقد نصت المادة ١٠٨ من المجلة على ان « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفا » .

ونصت المادة ٣١١ من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وان تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل والا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

(مادة ١٢٧)

يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، أو اذا شاب الارادة فيه غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، أو اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه ، أو اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك .

يقابل هذا النص ما جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ١٣٤ من التقنين العراقي التي تقول : « اذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو اكراه ، أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد ... كما ان له أن يجيزه ... » .

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من هذا التقنين التي تقول: « من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابله المادة ١٧١ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد موقوف النفاذ على الأجازة اذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره او اذا نص القانون على ذلك » .

وتقابله المادة ١٧٩ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد القابل للأبطال ينتج اثاره ، ما لم يقض بابطاله ، واذا قضى بابطاله اعتبر كان لم يكن » .

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية :

أولا ـ انه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي ياخذ بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التي ياخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للابطال في ان هذا الأخير ينشا صحيحا منتجا لأثاره ، الى أن يطلب ابطاله فيبطل أو تلحقه الاجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الأثار موقوفه الى ان ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الأجازة فينفذ .

ومن ثم فان فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الاهلية أو عيب في الارادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن ان يقف حتى تلحقه الأجازة ، فهذا أولى من ان ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند ابطال العقد بعد نفاذه .

ثانيا ـ انه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية أو عيب في الارادة ، أو انعدام الولاية على محل أي التصرف في ملك الغير بدون اذنه .

ويلاحظ أنه في الفقه الاسلامي يكون العقد موقوف النفاذ اذا كان هناك نقص في الأهلية ، أو كان هناك اكراه ، أو اذا تعلق حق الغير بالمحل . وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات اهمها تصرف الفضولي ، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون اذنه ، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة ، والبيع الصادر من المريض في مرضى الموت لوارثه (انظر في هذا الخصوص : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٣ وما بعدها) .

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرا على التصرف في ملك الغير بدون اذنه . غير أنه من ناحية أخرى يتوسع في نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملا لعيوب الارادة جميعها . وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في النص المقترح هي نقص الأهلية وعيوب الارادة والتصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين المدني العراقي في المادتين ١٣٤ و ١٣٥ المشار اليهما . أما التقنين المدني الأردني فقد أخذ في المادة ١٧١ التي تقدم ذكرها بما قرره الفقه الاسلامي .

ومعروف ان الفقه الاسلامي يجعل العقد موقوفا في حالة الاكراه (م ١٠٠٦ من المجلة و م ٢٩٧ من مرشد الحيران) ، بينما يعطي العاقد خيار الفسخ في حالتي الغلط (م ٣١٠ ، ٣١١ من المجلة و م ٣٠١ من مرشد الحيران) والتدليس (م ٣٥٧ من المجلة و م ٥٣٢ من مرشد الحيران) . وهذا ما أخذ به التقنين الأردني . ولكن رؤى أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة الى عيوب الارادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقي .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذى يثبت فيه خيار الفسخ · فالعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه يكون غير نافذ · أما العقد الذى يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحا نافذا ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار بين امضاء العقد وفسخه ·

كذلك رؤى عدم جعل تصرف المالك فى العين المرهونة أو المؤجرة موقوفا على اجازة الدائن المرتهن أو المستأجر · حيث انه من القواعد المستقرة الآن والتى تقتضيها المصلحة فى التعامل ان الرهن أو الايجار لا يقيد حق المالك فى التصرف فى ملكه · ولهذا رؤى من الأفضل الأخذ بالحل الذى اعتمده · التقنين العراقى ، اذ أنه يستجيب لحاجة التعامل ، على خلاف ما اخذ به التقنين الأردنى ·

أما التصرف الصادر من المريض فى مرض الموت نحكمه فى مكان آخر ·

ثالثا ـ انه جعل التصرف فى ملك الغير بدون اذنه موقوفا على الاجازة وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الاردنى · فبيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات التى اخذت بالتصوير اللاتينى حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة · فهو نافذ فى حق البائع ، وقابل للابطال بالنسبة الى المشترى بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ فى حق المالك ، وللمالك ان يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا فى حقه وصحيحا فى حق المشترى ·

بينما فى ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشترى والمالك ، فهو موقوف فى حقهم جميعا ، ولاتأتى اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافذا فى حق الجميع (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٧) ·

(مادة ١٢٨)

١ ـ اذا كان العقد موقوفا لنقص فى الأهلية ، كانت اجازته للقاصر بعد بلوغه الرشد او لوليه او للمحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون ·

٢ ـ واذا كان موقوفا لغلط او تدليس او اكراه او استغلال ، كانت اجازته للمتعاقد الذى شاب ارادته احد هذه العيوب بعد انكشاف العيب او زواله ·

٣ ـ واذا كان موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، كانت اجازته للمالك · فاذا اجازة المالك اعتبرت الاجازة توكيلا ·

٤ ـ ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذى يثبت له الحق فى اجازته او ابطاله ·

هذه المادة تقابلها المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين العراقى · فالمادة ١٣٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا انعقد العقدموقوفا لحجر أو اكراه أوغلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه · فاذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدى · فان هلكت العين فى يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها ·

٢ ـ وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الآخر ، وان شاء ضمن المجبر والغار · فان ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر · ولا ضمان على العاقد للمكره أو المغرور أن قبض البدل مكرها أو مغرورآ وهلك فى يده بلاتعد منه»·

والمادة ١٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ من تصرف فى ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك ·

٢ ـ فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولى بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر ·

٣ ـ واذا لم يجز المالك تصرف الفضولى بطل التصرف · واذا كان العاقد الآخر قد ادى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به · فان هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد اداه عالما انه فضولى فلا رجوع له عليه بشىء منه ·

٤ ـ واذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت فى يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء · فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه فى تضمين الآخر » ·

وتقابلها المادة ١٧٢ من التقنين الاردنى التى تنص على مايأتى :

«تكون اجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق فى المعقود عليه أو للولى أو الوصى أو ناقص الأهلية بعد اكتمال اهليته أو للمكره بعد زوال الاكراه أو لمن يخولة القانون ذلك » ·

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد فى المادة السابقة · ففى المادة السابقة نص على الحالات التى يكون العقد فيها موقوفا · وفى المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق فى اجازة العقد فى هذه الحالات فهؤلاء هم الذين شرع توقف العقد لمصلحتهم ، فهم الذين يملكون اجازته أو ابطاله ·

(مادة ١٢٩)

١ ـ يزول الحق فى ابطال العقد الموقوف بالاجازة الصريحة أو الضمنية ·

٢ ـ وتستند الاجازة الى الوقت الذى تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير ·

٣ ـ واذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن اعلان موقفه خلال مهلة اعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة أشهر ، اعتبر سكوته اجازة ·

هذه المادة تقابلها المادة ١٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يزول حتى ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ – وتستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير .

وقد كانت العبارة الأخيرة فى الفقرة الثانية من هذه المادة فى التقنين الحالى، وهى التى تقول « دون اخلال بحقوق الغير » محل نقد ، لان الغرض المقصود فى النص ان الاثر الرجعى للاجازة لايسرى الا بين المتعاقدين ، فلا يؤخذ به بالنسبة الى الغير الذى كسب حقا عينيا على الشيء الذى ورد عليه العقد . والمثل الذى ذكر فى هذا الخصوص هو انه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية او رهنها لآخر ثم اجاز العقد الاول ، فان الاجازة لا تؤثر على حق المشترى الثانى او الدائن المرتهن اذ تخلص العين لهذا المشترى او تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الاجازة . وهذا القول غير صحيح فى ظل فكرة العقد القابل للأبطال التى يأخذ بها التقنين الحالى . ذلك أن العقد القابل للابطال يكون قبل الاجازة منتجا لكل آثاره ، فاذا صدرت الاجزة كان كل ما يترتب عليها هو ان تزول قابلية العقد للابطال . فالاجازة لا تجعل العقد ينتج اثرا لم يكن ينتجه من قبل ، ولهذا يتصور ان يكون لها أثر رجعى يضر بحقوق الغير . فالمشترى من قاصر مميز يصبح مالكا للعين المبيعة الى أن يطلب ابطال العقد ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغ الرشد او رهنها كان تصرفه فى شيء لا يملكه ، فاذا أجاز بعد ذلك البيع الذى ابرمه وهو قاصر فان الملكية تستقر للمشترى الأول خالصة من الرهن . ولا يصح أن يعترض بأن التصرف الثانى يعتبر نزولا عن الحق فى اجازة التصرف الأول ، لأن الابطال لا يتقرر الا بالاتفاق مع الطرف الآخر فى العقد القابل للأبطال أو بحكم القاضى ، أما قبل ذلك فان العقد يظل منتجا لكل آثاره .

اما فى ظل فكرة العقد الموقوف التى يؤخذ بها فى النصوص المقترحة ، فان الوضع يختلف . فقد رأينا أن العقد الموقوف ، على خلاف العقد القابل للأبطال ، ينشأ صحيحا ولكنه لاينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ . ومن ثم يكون هناك محل للقول أو استناد الاجازة الى الوقت الذى تم فيه العقد انما يكون دون اخلال بحقوق الغير . فالمشترى من قاصر مميز يكون عقده موقوفا ، فلا يصبح مالكا للعين التى اشتراها مادام أن العقد لم تلحقه الاجازة ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها كان تصرفه فى شيء يملكه ، فاذا أجاز بعد ذلك البيع الذى أبرمه وهو قاصر ، فان الأثر الرجعى للاجازة يضر بحق المشترى الثانى أو الدائن المرتهن لأنه يؤدى الى زوال هذا الحق . وللافاة هذا الاضرار بحق الغير ، وجب النص على أن الأثر الرجعى للاجازة لايصح أن يخل بحقوق الغير . فهذا الأثر الرجعى للاجازة انما يكون فيما بين المتعاقدين ، وليس بالنسبة الى الغير» .

والاجازة هى النزول عن الحق فى ابطال العقد الموقوف . فهى تصرف قانونى من جانب واحد . ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب ان تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانونى .

ويشترط الفقه الاسلامى لصحة الاجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهى العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة . ذلك أن الاجازة فى الفقه لها حكم الاستناد والانشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذى تستند اليه الاجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الاجازة لأنه الوقت الذى وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقى قدر أن الأولى أن يجعل للاجازة حكم الاستناد دون حكم الانشاء ، فقد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة . حيث اشترط لصحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١/١٣٦ من التقنين العراقى على أن « اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذى تم فيه العقد . ويشترط فى صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت الاجازة » .

وقد اراد الشارع العراقى بهذا أن يتجاوز الحدود التى وقف عندها الفقه الاسلامى فيما يتعلق بشروط الاجازة دون مبرر .

(انظر فى هذه المسالة : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ١٩٨ و ٢٠٩ و ٢٢٠ و ٣٠٨ و ٣١٦) .

اما الشارع الأردنى فجعل للاجازة حكم الاستناد والانشاء على غرار الفقه الاسلامى فنصت المادة ١٧٤ من التقنين الأردنى على أنه «يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من له الاجازة وطرفى العقد والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الاجازة » .

وقد رؤى ترك الأمر فيما يتعلق بشروط الأجازة للقواعد العامة .

وفى الفقرة الأولى من المادة المقترحة نص على زوال الحق فى ابطال العقد الموقوف بالاجازة ، سواء كانت صريحة أو ضمنية ، حيث تعتبر الاجازة نزولا عن هذا الحق .

وفى الفقرة الثانية نص على ما للاجازة من حكم الاستناد ، مع تقييد ذلك بعدم الاخلال بحقوق الغير .

وفى الفقرة الثالثة أعطيت الفرصه للعاقد الذى يضره توقف العقد لحسم الموقف دون ابطاء . حيث يستطيع أن يحدد لمن شرع التوقف لمصلحته مدة معقولة لا تقل عن ثلاثة أشهر يعلن فيها عن رغبته فى الاجازة أو الرفض ، فان سكت عن الرد طوال هذه المدة اعتبر سكوته اجازة للعقد .

وفى مذهب الامام مالك انه اذا حصل التصرف فى ملك الغير بدون اذنه ، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته اجازة . (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٤ ص٣٠٧) .

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ من التقنين العراقى التى تقدم ذكرها .

ويقابلها فى التقنين الاردنى المواد ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ .

فالمادة ١٧٣ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ – تكون الاجازة بالفعل او بالقول أو بأى لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

٢ – ويعتبر السكوت اجازة ان دل على الرضا عرفا » .

والمادة ١٧٤ من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة ١٧٥ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا الى وقت صدوره واعتبرت الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

٢ – واذا رفضت الاجازة بطل التصرف » .

ويقابلها فى التقنين الكويتى المواد من ١٧٩ الى ١٨٢ .

وهى تاخذ بفكرة العقد القابل للابطال .

(مادة ١٣٠)

١ – يسقط الحق فى ابطال العقد الموقوف اذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات .

٢ – ويبدأ سريان هذه المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب . واذا كان سبب التوقف الغلط او التدليس او الاكراه أو الاستغلال، فمن اليوم الذى ينكشف فيه العيب او يزول . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد . واذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون ، فمن اليوم الذى يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد .

٣ – وفى كل حال لايجوز التمسك بالحق فى الابطال لغلط او تدليس او اكراه او استغلال اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

هذه المادة تقابل الماده ١٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى:

« ١ – يسقط الحق فى ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢ – ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ،من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه ،وفى كل حال لايجوز التمسك بحق الأبطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

وتبقى المادة المقترحة على مدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى مع تعميم الحكم على جميع الحالات التى يتوقف فيها العقد .

وتقابلها المادة ١٣٦ فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى :

« ٢ – ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر . فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا .

٣ – ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهليـة من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد . واذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذى يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد » .

وتقابلها المادة ١٨٣ من التقنين الكويتى ، وهى تاخذ بمدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى .

ولم يحدد الفقه الاسلامى مدة معينة لاجازة العقد أو نقضه . ولذلك جاء التقنين الأردنى خلوا من مدة للتقادم فى هذا الخصوص .

(المادة ١٣١)

يكون العقد باطلا اذا اختل فيه ركن باصله او بوصفه ، وذلك اذا صدر من شخص فاقد الأهلية ، او اذا انعدم فيه الرضاء او المحل او السبب ، او اذا لم تتوافر فى المحل او فى السبب شروطه الجوهرية، او اذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لانعقاده ، أو اذا ورد فى القانون نص خاص على ذلك .

هذه المادة مستحدثة

وهى تقابل المادة ١٩٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

«يكون العقد باطلا فى الحالات الآتية :

(أ) اذا ابرمه شخص لا اهلية له اطلاقا .

(ب) اذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، واذا لم تتوافر فى المحل أو فى السبب شروطه الجوهرية .

(ج) اذا اشترط القانون فى العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو اذا أغفل المتعاقدان اجراء شكليا يعتبره القانون ركنا فى تكوين العقد .

(د) اذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان » .

وتقابلها المادة ١٣٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى:

١ – العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض أو صافه الخارجة .

٢ – فيكون العقد باطلا اذا كان فى ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .

٣ ـ ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذى فرضه القانون » .

وتقابلها المادة ١/١٦٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى: « العقد الباطل ما ليس مشروعا باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه أو الشكل الذى فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اى اثر ولا ترد عليه الاجازة » .

والعقد الباطل فى الفقه الاسلامى هو العقد الباطل فى القانون الوضعى ، وقد نصت المادة ٣١٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا اصلا ولا وصفا ، اى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بان كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للعقد او كان المحل غير قابل لحكم العقد .

وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض» .

(مادة ١٣٢)

١ ــ العقد الباطل لاينعقد ، فلا يترتب عليه اى اثر ، ولا ترد عليه الاجازة .

٢ ــ ولكل ذى مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها .

٢ ــ ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة .

٢ ــ وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» .

وتطابقها فى الحكم المادة ١٦٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ العقد الباطل ما ليس مشروعا باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه أو الشكل الذى فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اى أثر ولا ترد عليه الاجازة .

٢ ــ ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ ــ ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

(انظر المادة ٢١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

وتقابل المواد من ١٨٤ الى ١٨٦ من التقنين الكويتى فالمادة ١٨٤ من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أى أثر ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » .

والمادة ١٨٥ من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يتصحح بالاجازة » .

والمادة ١٨٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ــ العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .

٢ ــ الا ان دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد » .

وتطابق الفقرتين الأولى والثانية منها فى الحكم المادة ١٤١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة » .

(انظر المادة ٣١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

(مادة ١٣٣)

١ ــ اذا كان العقد باطلا ، أو كان موقوفا وابطل ، يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فاذا كان هذا مستحيلا حكم القاضى بتعويض معادل .

٢ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا ابطل العقد لنقص اهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ــ فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٢ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا أبطل العقد لنقص اهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابل المادة ١٣٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا .

٢ ــ فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٣ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية اذا بطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابلها المادتان ١٨٧ و ١٨٨ من التقنين الكويتى .

(المادة ١٣٤)

اذا كان العقد فى شق منه باطلا او موقوفا ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل او يقف ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا او موقوفا فيبطل العقد كله .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال العقد كله » .

وتقابلها المادة ١٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على انه «اذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . اما الباقى من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — اذا لحق البطلان أو الابطال شقا من العقد ، اقتصر عليه وحده دون باقى العقد .

٢ — على أنه اذا اثبت احد المتعاقدين انه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ١ — اذا كان العقد فى شق منه باطلا بطل العقد كله الا اذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل فى الشق الباطل ويبقى صحيحا فى الباقى .

٢ — واذا كان العقد فى شق منه موقوفا ، توقف فى الموقوف على الاجازة .

فان اجيز نفذ العقد كله ، وان لم يجز بطل فى هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقى فى النافذ بحصته » .

والمادة المقترحة تتناول نظرية انتقاص العقد . وهى نظرية يعرفها الفقه الاسلامى (انظر القوانين الفقهية ص ٢٦٠ — الزيلعى ج٤ ص٦٠، ٦١ — المبسوط ج ١٣ ص ٣ — ٥ — عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ١٥١ — ١٥٧) .

(المادة ١٣٥)

اذا كان العقد باطلا او موقوفا وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه ، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فية اركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه ، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٤٠ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٩١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — اذا بطل العقد او ابطل ، وامكن أن تستخلص منه الاركان اللازمة لعقد آخر غيره ، قام هذا العقد الآخر .

٢ — ويعتبر الرضاء بالعقد الذى يصير التحول اليه متوافرا اذا تبين ان المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذى قصدا فى الأصل ابرامه » .

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد ، وقد ورد فى الفقه الاسلامى بعض تطبيقات لهذه النظرية (انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١١١ — ١١٣ ، عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٢٩٦ — ٢٩٨) .

الفرع الثانى
آثار العقد

---

(١) تفسير العقد :

(المادة ١٣٦)

١ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى .

٢ — والأصل فى الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقى .

هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق المادة ٢١٤ من التقنين الاردنى . وتطابق فى حكمها المادة ١٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى .

٢ — على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . أما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز » .

وتطابق فى فقرتها الأولى العبارة الأولى من المادة ٣ من المجلة والمادة ٣١٤ من مرشد الحيران .

وتطابق فى الحكم فى فقرتها الثانية المادة ١٢ من المجلة والعبارة الأولى من المادة ٩١ من المجلة .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الاسلامى . واذا كانت الفقرة الأولى منها تقضى بان يعتد فى التفسير بالمقاصد والمعانى ، فان هذا لايعنى أن الفقه الاسلامى يعتد بالارادة الباطنة فى هذا الخصوص ، اذ أن المقاصد والمعانى التى تراعى هى تلك التى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . كما سيأتى فى المادة التالية أنه لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح . هذا الى ماتنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن « دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه » .

(انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦) .

فالعبرة فى الفقة الاسلامى فى خصوص التفسير بالارادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التى استعملها المتعاقدان (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢٨ وما بعدها) .

(المادة ١٣٧)

لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح .

هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق المادة ١٥٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ١٣ من المجلة .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى . وتؤيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعانى التى تراعى فى التفسير هى تلك التى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة فى العقد .

(المادة ١٣٨)

اعمال الكلام اولى من اهماله ، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٥٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٦٠ من المجلة التى تقول : « اعمال الكلام أولى من اهماله ، يعنى لايهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى . مثاله لو وقف على أولاده وليس له الا أولاد أولاده حمل عليهم صونا للفظ » . وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التى تقول : « اذا تعذر اعمال الكلام يهمل ، يعنى أنه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقى أو مجازى أهمل . ومثاله لو أقر لزوجته التى هى من نسب آخر معروف وأكبر منه سنا بانها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقى لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف ولا على معنى مجازى أى معنى الوصية لكونها وارثه له ولا وصيه لوارث فيهمل كلامه » .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى (أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٦٨ و ٦٩ و ٧٦ و ٧٧ : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٣٧) .

(المادة ١٣٩)

ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٥٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٣ من المجلة .

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر ، سقط حقه فى الشفعة ، لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م١٠٤١ من المجلة) . أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله ، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط .

(عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٣٨) .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

(المادة ١٤٠)

المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابق المادة ١٦٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٤ من المجلة

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

(المادة ١٤١)

الوصف فى الحاضر لغو ، وفى الغائب معتبر .

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق المادة ١٦١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٥ من المجلة التى تقول : « الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر . مثلا لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر فى المجلس وقال فى ايجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار اليه وقبل البائع صح البيع ولغا وصف الادهم ، وأما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب والحال أنه ادهم لا ينعقد البيع » .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

(مادة ١٤٢)

١ ـ اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ ـ أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع القواعد الأساسية فى تفسير العقد فى الفقه الاسلامى . فالفقرة الأولى منها ليست الا اعمالا للقواعد التى تقدم ذكرها والتى تقضى بأن الأصل فى الكلام الحقيقية ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقى وبأنه لاعبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح ، وبأن دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه (م١٢ و ١٣ و ٦١ و ٦٨ من المجلة) .

والفقرة الثانية منها ليست الا تفصيلا للقاعدة التى تقدم ذكرها والتى تقضى بأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى (م ٣ من المجلة وم ٣١٤ من مرشد الحيران) مع بيان العوامل التى يستطيع القاضى أن يفسر على هديها م ٣٦ ـ ٣٨ و ٤٠ ـ ٤٨ من المجلة) .

(مادة ١٤٣)

١ ـ يفسر الشك فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط .

٢ ـ ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ يفسر الشك فى مصلحة المدين .

٢ ـ ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضه فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة بما يفيد أن الشك يفسر فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط المشكوك فى معناه .

فقد يكون هذا الطرف مدينا فى التزام يفرضه الشرط ، فيفسر الشك فى مصلحته مثل ذلك ان يتفق على شرط جزائى فى العقد ، ويقوم شك فى معرفة ما اذا كان هذا الشرط يستحق فى حالة التأخر فى التنفيذ أم انه لايستحق الا فى حالة عدم التنفيذ ، ففى هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أنه لايستحق الا عند عدم التنفيذ . ومثل ذلك أيضا أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع ، فيفسر هذا على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

وقد يكون هذا الطرف دائنا فى التزام يعدل فيه الشرط على نحو يضر به ، فيفسر الشك فى مصلحته . مثل ذلك أن يتفق على عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فور العقد ، ويقوم شك فى معرفة ما اذا كان التسليم مؤجلا أم مقسطا ، ففى هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أن يكون التسليم مقسطا . ففى هذا التفسير روعيت مصلحة المشترى ، مع أنه الدائن فى الالتزام بالتسليم ، لانه هو الذى يضار من الشرط .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١٩٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٤٠ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٦٦ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الاولى من المادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد فى الفقه الاسلامى . فثمة قواعد ثلاثة فى هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد فى هذه الفقرة :

الأولى : ان اليقين لايزول بالشك . فاذا كان هناك شك فى مديونية المدين ، فاليقين أنه برىء الذمة ، ولايزال هذا اليقين بالشك .

والثانية : أن الاصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول الا بمديونية قامت على يقين .

والثالثة : أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه الدين أنه برىء الذمة . فاذا كان هناك شك فى مديونيته فسر فى مصلحته وقد أورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة فى الأشباه والنظائر ، ص ٢٨ و٢٩ (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٤١ و٤٢) .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقتضى بأن يكون تفسير الشك فى عقد الاذعان فى مصلحة الطرف المذعن فى جميع الأحوال أى سواء كان دائنا فى الالتزام الذى سيتناوله شرط العقد أو مدينا فيه ، لانه فى الحالين يكون مدينا فى الشرط الذى يجرى تفسيره ، بمعنى أنه يضار من هذا الشرط . حيث أن الطرف الآخر فى هذا العقد ، وهو محتكر قانونى أو فعلى للسلعة أو المرفق الذى يبرم العقد فى شانه ،

يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان فى وسعه أن يتحاشاه . وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية .

(٢) أثر العقد بين المتعاقدين .

(مادة ١٤٤)

ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٥ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٠٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٠١ من التقنين الكويتى .

وأحكامها هى الاحكام ذاتها المقررة فى الشريعة الاسلامية . وقد أكد الشارع هذا المعنى فى التقنين الحالى فيما يتعلق بانتقال اموال التركة الى الخلف العام الذى يشمل الوارث والموصى له بحصة فى التركة ، وذلك فى المادة ٨٧٥ التى تنص على أن : « ١ - تعيين الورثه وتحديد انصبائهم فى الارث وانتقال اموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .
٢ - وتتبع فى تصفية التركة الاحكام الآتية » .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على انه « انما تجرى احكام العقود فى حق العاقدين ولا يلزم بها غيرهما » (انظر البدائع ج ٥ ص ٣٥٨) . (انظر فى هذا عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها) .

(مادة ١٤٥)

اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء اليه .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٦ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٠٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٠٢ من التقنين الكويتى .

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بانصراف اثر العقد الى الخلف الخاص (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٢٠ - ١٢٣) .

(مادة ١٤٦)

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقرها القانون .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من التقنين الحالى.

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لاحدهما ان يستقل بنقضه او تعديل احكامه ، الا فى حدود ما يسمح به الاتفاق او يقضى به القانون » .

وتتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا نفذ العقد كان لازما . ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقضى نص فى القانون أو بالتراضى » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « اذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه ، الا بالتراضى أو التقاضى أو بمقضى نص فى القانون » .

وحكمها مبدأ اساسى فى الشريعة الاسلامية . فيقول سبحانه وتعالى: « ياأيها الذين آمنو أوفوا بالعقود » . ويقول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم » .

وقد نصت المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران على ما يأتى :

« انما تجرى احكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما . ولا يجوز فسخ العقود اللازمة الا بتراضيهما فى الاحوال التى يجوز فيها فسخها » .

(مادة ١٤٧)

١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة فى التقنين الحالى ، فاستبدلت بعبارة « وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » عبارة « وفقا لما تقضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف » . وذلك لأن طبيعة الالتزام هى أول ما يسترشد به القاضى لاكمال نطاق العقد ، ولان العدالة يشملها حكم الفقرة الأولى التى تقضى بأن يكون تنفيذ العقد متفقا مع ما يوجبه حسن النيه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٠ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ١٤٨ من التقنين الحالى .

(مادة ١٥٠)

اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك •

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين الحالى وتطابق المادة ٢٠٥ من التقنين الأردنى ، فيما عدا أن هذه المادة الأخيرة تضيف عبارة (ان اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ (المعقول) •

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من التقنين العراقى التى تقول : « على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الكويتى •

واذا كان الفقه الاسلامى لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على نحو ماجاء فى النص المقترح ، الا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الاعذار فى عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للعذر ، والجوائح فى بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (انظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق ، فى الفقه الاسلامى ج٦ ص٩٧ وما بعدها) •

(مادة ١٥١)

اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك •

هذه المادة تطابق المادة ١٤٩ من التقنين الحالى •

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من التقنين العراقى •

وتطابق المادة ٢٠٤ من التقنين الأردنى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٨١ من التقنين الكويتى •

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى لايتحدث عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد ، وهى ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذى يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة •

وقد حمل الفقه الاسلامى على الاحتكار وتناوله فى الصور التى كانت مألوفة فى عهده • انظر تفصيلا لذلك فيما تقدم تحت المادة ٨٤ من المشروع •

ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان • وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادىء المقررة فى الشريعة •

(مادة ١٥٢)

تسرى شروط العقد العامة التى يضعها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتما لو أعارها انتباه الشخص العادى •

وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسئولية أو تحلل من العقد أو تقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو قيود تمس حرية المتعاقد فى العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده • ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء ، اذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الليبى •

وتقابل المادة ٥١ من مشروع التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى فى شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية سرت هذه الأحكام ، مالم يثبت أى منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة فى أن يعلم بها •

(٢) واذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجيه التى لم يحصل العلم بها أساسية بطل العقد ، فان كانت ثانوية تولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة » •

والمادة المقترحة تتناول العقد الذى يعده أحد المتعاقدين مقدما ، فيدون فيه من الشروط ما يكون فى صالحه وضارا بمصلحة الطرف الآخر • وهى ظاهرة منتشرة الآن ، ولا سيما فى عقود الاذعان • والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين : الأولى : أنه يجب أن يعلم بشروط العقد العامة ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم بهذه الشروط لو أعارها انتباه الشخص العادى •

والثانية : أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التى تضره الا اذا تم الاتفاق عليها خطيا ٠ فكثيرا ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها فى العقد عند توقيعه عليه ٠ ولا سبيل الى ملافاة ذلك الا باشتراط العلم أو امكان العلم بالشروط العامة ، والاتفاق خطيا على الشروط الخاصة ٠

ومن ثم يتفق حكم هذه المادة مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لا تعتد الا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين ، وهو ما يقتضى أن يكون المتعاقد على بينه تامة من شروط العقد الذى يلتزم به ٠

(مادة ١٥٣)

فى العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فان الشروط المضافة الى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية اذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية ٠

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق المادة ١٥١ من التقنين الليبى ٠

وهى تتناول العقد الذى تعد شروطه مقدما كنموذج يحتذى عند التعاقد فى شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية ، كما هو الشأن فى عقود الاذعان ٠ فاذا أضيفت شروط الى هذا النموذج تنافى الشروط الأصلية كان معنى ذلك ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى الشروط المضافة واعرضت عن الشروط الأصلية حتى ولو لم تشطب هذه الأخيرة ٠ ولذلك جرى القضاء فى عقود التامين على أن يغلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة ، وبذلك أعفى الطرف المذعن من الشرط الذى يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين ٠

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لا تعتد الا بما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين عند التعاقد ٠

(٣) أثر العقد بالنسبة الى الغير ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالى ٠

(مادة ١٥٤)

لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا ٠

وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردنى ٠

وتقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن : « العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وان كانت تؤثر فى الضمان العام المقرر لدائنيهما ، وذلك كله مالم يقض القانون بغيره» ٠

والفقه الاسلامى لا يجيز انصراف أثر العقد الى الغير ، سواء كان هذا الاثر حقا أو التزاما (عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٩٢ و ١٩٣) ٠

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه : «انما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » ٠ ولكن فى ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة فى التعامل ، أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك ٠

(مادة ١٥٥)

١ - اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ٠ فلا يلزم الغير بتعهده ٠ فاذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به ٠

٢ - أما اذا قبل الغير هذا التعهد ٠ فان قبوله لاينتج أثرا الا من وقت صدوره ، مالم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٥٣ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الأردنى ٠

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه ٠ ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه اذا رفض الغير أن يلتزم ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به اذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن ٠

٢ - أما اذا أقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذى صدر فيه الوعد » ٠

وتتفق فى حكمها مع المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتى ٠

وتتفق فى حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى من أن العقد لا يرتب التزاما فى ذمة الغير (م ١/٣٠٦ من مرشد الحيران) ٠ اذ أن من يتعهد بأن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين انما يلزم نفسه ولا يلتزم الغير بتعهده ٠ ويكون للغير أن يقبل الالتزام أو يرفضه ٠

(مادة ١٥٦)

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية ٠

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على

خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .

٣ ـ ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٥٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٠ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٢٠٥ والمادة ٢٠٦ والمادة ٢٠٧ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى لا يجيز انصراف أثر العقد الى الغير ، سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٩٢ ، ١٩٣) .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه « انما تجرى أحكام العقد فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » (انظر البدائع ج٥ ص١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣) . ولكن فى ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة فى التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، مادام المتعاقدان يريدان ذلك ومادام الغير يقبل ذلك .

(مادة ١٥٧)

١ ـ يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢ ـ ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٥٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١١ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

(مادة ١٥٨)

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الحالى

وتطابق المادة ١٥٤ من التقنين العراقى

وتطابق المادة ٢١٢ من التقنين الأردنى

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين السابقتين

وانظر البدائع ج٥ ص١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

الفرع الثالث

انحلال العقد

(مادة ١٥٩)

١ ـ فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض .

٢ ـ ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/١٧٧ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٤٦ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

٢ ـ ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ فى الحال أو تنظره الى أجل مسمى ولها أن تقضى بالفسخ وبالتعويض فى كل حال ان كان له مقتض » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٩ من التقنين الكويتى .

ولم ترد فى الفقه الاسلامى نظرية عامة للفسخ على غرار ما جاء فى النص المقترح والنصوص المقابلة له فى التقنينات العربية الأخرى • بل ان الأصل فيه أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد اذا أخل المدين بالتزامه، بل يطالب بتنفيذ العقد ، وذلك فى العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات • ومع ذلك فقد أجاز فسخ العقد فى بعض الحالات ، ولا سيما فى عقدى البيع (م ٤٤٨ – ٤٥٠ و ٤٥٢ من مرشد الحيران) والايجار (م ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ و ٥٨٤ و ٦٢٩ و ٦٣١ و ٦٥٧ من مرشد الحيران) •

(مادة ١٦٠)

يجوزالاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٨ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ١٧٨ من التقنين العراقى •

وتطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الأردنى •

وتقابلها المادة ٢١٠ من التقنين الكويتى •

ويتفق حكمها مع المبادىء المقررة فى الفقة الاسلامى •

(مادة ١٦١)

فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى لايد للمدين فيه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته •

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » • وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد فى النص المقترح أن يكون الحكم أكثر وضوحا ، لان الالتزام لا ينقضى اذا كانت استحالة تنفيذه ترجع الى فعل المدين •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢١٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بسبب أجنبى لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه •

٢ – فاذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ أو أن يطلب فسخ العقد » •

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه • فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية فى العقود المستمرة ، وفى كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين » •

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذى قبضه لصاحبه •

٢ – فالمبيع اذا هلك فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يكون من مال البائع ولا شىء على المشترى » •

ويميز الفقة الاسلامى بين فسخ العقد وانفساخه : فينفسخ العقد من تلقاء نفسه اذا هلك المعقود عليه هلاكا كليا • وفى غير حالة الهلاك الكلى يكون العقد فى حاجة الى الفسخ (أنظر م ٦٢٩ من مرشد الحيران) (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٦ ص٢٥٠) •

(مادة ١٦٢)

اذا فسخ العقد أو انفسخ ، أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك يحكم بالتعويض •

هذه المادة تقابل المادة ١٦٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه : « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » • وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولا : أضيفت عبارة « أو انفسخ » بعد عبارة « اذا فسخ العقد » لان الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد من تلقاء نفسه هو الأثر ذاته الذى يترتب على الفسخ ، اذ فى كلا الحالين يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد •

ثانيا – استبدلت بعبارة « جاز الحكم بالتعويض » ، فى نهاية النص عبارة « يحكم بالتعويض » توخيا للدقة فى بيان الحكم •

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الأردنى •

وتقابل المادتين ٢١١ و ٢١٦ من التقنين الكويتى •

وتقابل المادة ١٨٠ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذى كان مترتبا عليه ، فلا يلزم تسليم البدل الذى وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد • فاذا استحال رده يحكم بالضمان » •

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد (انظر م ٤٦٠ ــ ٤٦٢ و ٤٦٥ و ٢٥٣ ــ ٢٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٣١٤ من المجلة ــ البدائع ج ٥ ص ١٧١ و ١٧٥ و ص ٢٣٨ ــ ٢٤٣ و ص ٢٥٢) .

(مادة ١٦٣)

فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به .

هذه المادة تطابق المادة ١٦١ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢١٩ من التقنين الكويتى التى تنص على انه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الاداء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن الوفاء بالتزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ار يقض العرف بغيره » .

وتقابل المادة ٢٨٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدى المشترى جميع الثمن الحال ، وللعامل ان يحبس الشىء الذى يعمل فيه الى أن يستوفى الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر فى هذا الشىء أو لم يكن وذلك كله وفقا للأحكام التى قررها القانون .

٢ ــ وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق » .

وتقابل المادة ٣٨٨ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « لكل واحد من المتعاقدين فى المعارضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق » .

ولأن الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة فى الحق فى الحبس ؛ فان التقنينين العراقى والتقنين الاردنى جعلانه فرعا فى الحبس وأوردا النص المتعلق به فى المكان المخصص لهذا الحق .

وقد وردت فى الفقه الاسلامى تطبيقات للدفع بعدم التنفيذ فى عقود مختلفة كعقد البيع وعقد الايجار وعقد الوكالة وعقد الزواج ، بحيث يمكن ان نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة على النحو الذى جاء فى النص المقترح والنصوص المقابلة له فى التقنينات العربية . وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ على أساس فكرة المساواة بين المتعاقدين ، فلا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يقم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهى فكرة تقود الى نظرية السبب التى تقيم ارتباطا بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين .

(انظر البدائع ج ٤ ص ٢٠١ و ج ٥ ص ٢٤٩ . وانظر م ٤٥٤و٤٥٥ من مرشد الحيران و م ٢٧٨ الى ٢٨٠ من المجلة . وانظر عبد الرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢٥٢ ــ ٢٦٣) .

(مادة ١٦٤)

للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابقها المادة ١٨١ من التقنين العراقى .

وتطابقها المادة ٢٤٢ من التقنين الأردنى .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢١٧ / ١ من التقنين الكويتى .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٥)

١ ــ يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ ــ واذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من العوض .

هذه المادة مستحدثة .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢١٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده ، ما بقى المعقود عليه قائما وموجودا فى يد أحدهما .

٢ ــ فاذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير فى بعض المعقود عليه ، جازت الاقالة فى الباقى منه بقدر حصته من العوض » .

وتتفق معها فى الحكم المادة ١٨٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يلزم أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة .

٢ ــ ففى البيع يلزم أن يكون المبيع قائما وموجودا فى يد المشترى، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن . أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة » .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢٤٤ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ تتم الاقالة بالايجاب والقبول فى المجلس وبالتعاطى بشرطان يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ولو تلف بعضه صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٦)

الاقالة فى حق المتعاقدين فسخ ، وفى حق الغير عقد جديد .

هذه المادة مستحدثه .

وتطابقها المادة ١٨٣ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٣ من التقنين الاردني .

ويتفق معها فى الحكم المادة ٢١٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « تعتبر الاقالة من حيث أثرها بمثابة الفسخ فى حق العاقدين ، وبمثابة عقد جديد فى حق الغير » .

وقد استمد المشروع النصوص الخاصة بالأقالة من الفقه الاسلامى . على أنه « تعتبر الاقامة من حيث أثرها بمثابة الفسخ فى حق العاقدين، وبمثابة عقد جديد فى حق الغير » .

فهى اتفاق يهدف فيه الطرفان الى الغاء الالتزامات التى ترتبت على العقد المقال منه ، وبذلك يؤدى الى انحلال العقد . كان يكون هناك عقد بيع ، ثم يتفق الطرفان على الاقالة منه ، فيعود المبيع الى البائع ، ويسترد المشترى الثمن . ويقع هذا الاتفاق بالتراضى بعد قيام العقد طبقا للقواعد العامة ، فيشترط فيه ما يطلب فى سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . وقد نصت المادة ١٦٤ من المشروع فى هذا المعنى على أن « للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده » .

والرجوع فى الهبة اذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضى ، فانه يعتبر اقالة من الهبة . غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الأقالة ، وذلك اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة ، حيث يجوز للواهب ان يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويشترط فى الاقالة ، فضلا عما تقضى به القواعد العامة ، أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة . وهذا شرط يتطلبه الفقه الاسلامى على أساس ان المعقود عليه فى البيع هو المبيع ، فاذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه ، ومن ثم لا تتصور الاقالة التى هى رفع حكم البيع فى الحقيقة . وفى هذا المعنى نصت المادة ١٦٥ من المشروع على انه «١ - يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ - واذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من العوض » .

وقد اختلف الفقه الاسلامى فى تكييف الاقالة . فيرى ابو حنيفة أن الاقالة فسخ فى حق المتقايلين ، وبيع جديد فى حق الغير . ويرى ابو يوسف أنها بيع جديد فى حق المتقايلين وفى حق الغير . وهذا أيضا هو الراى فى مذهب مالك . ويرى محمد أنها فسخ فى حق المتقابلين وفى حق الغير . وهذا أيضا هو الراى فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد . ويرى زفر أنها فسخ فى حق المتقايلين وفى حق الغير (انظر فى هذا البدائع ج ٥ص٣٠٦ - ٣٠٨ . الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٩٤.عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢٦٩ - ٢٧٧) .

وقد أخذ المشروع فى هذا الصدد برأى الامام ابى حنيفة . فنصت المادة ١٦٦ من المشروع على أن « الاقالة فى حق المتعاقدين فسخ ، وفى حق الغير عقد جديد » . ويترتب على اعتبار الاقالة فسخا فيما بين المتعاقدين ان تزول العقد المقال منه باثر رجعى ، فيعتبر العقد كان لم يكن . فاذا كان العقد المقال منه بيعا ، فان الملكية التى انتقلت الى المشترى فى هذا العقد تزول باثر رجعى ، فيعتبر المشترى أنه لم يكن مالكا قط . ويستثنى من ذلك عقد المدة ، اذ ان طبيعة هذا العقد تابى الرجوع فيما تم تنفيذه منه ؛ لان الزمن معقود عليه فى هذا العقد وما مضى من الزمن لا يعود ، ولذلك فان الاثر الرجعى لا يسرى فى شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد .

ويترتب على اعتبار الأقالة عقدا جديدا بالنسبة الى الغير أنها لا تمس حقوق الغير . فاذا كان العقد المقال منه بيعا ، فان العين تعود الى البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن فى الفترة ما بين البيع والاقالة . واذا كان العقد المقال منه قد سجل وجب أيضا تسجيل عقد الأقالة . ويأخذ بالشفعة عند التقايل لانه من الغير . والاقالة بيع فى حق الغير .

ويخلص مما تقدم ان المشروع فى تنظيمه للأقالة أخذ من الفقه الاسلامى حكمين :

الاول : انه اشترط أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الأقالة .

والثانى : أنه جعل الاقالة فى حق المتعاقدين فسخا ، وفى حق الغير عقدا جديدا . وفيما عدا ذلك من الأحكام تسرى القواعد العامة .

الفصل الثانى

الارادة المنفردة

(مادة ١٦٧)

١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وتسرى على الارادة المنفردة أحكام العقد ، الا اذا كانت هذه الاحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام أو كانت تتعارض مع نص القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وكان النص المقترح فى المشروع التمهيدى ، وهو المادة ٢٢٨ ، للتقنين الحالى يجرى على النحو الآتى :

« ١ - اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة، فان هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه الى علم من وجه اليه ، مادام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود الا ما يتعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام .

٣ - يبقى الايجاب فى العقود خاضعا للاحكام الخاصة به ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة موجه الى الجمهور » .

وهذا النص الذى ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى كان يجعل من الارادة المنفردة مصدرا للالتزام بوجه عام ، ثم حذف فى لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الارادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الارادة المنفردة تنشىء التزاما . وقد ترتب على هذا الحذف ان أصبح النص الوحيد الموجود فى الفصل الخاص بالارادة المنفردة هو نص الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور فى المادة ١٦٢ من التقنين الحالى . وعلى اثر ذلك وجد خلاف فى الفقه . فذهب رأى الى أنه بعد حذف النص المقترح لم تعد الارادة المنفردة مصدرا للالتزام واصبحت الالتزامات الناشئة عنها تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة بحيث صار نص القانون

هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . بينما ذهب رأى آخر الى اعتبار الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام ، لان الالتزامات التى يكون القانون مصدرا مباشرا لها لا تستند الا الى وقائع مادية ، اما الالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الارادة . وهذا هو الراى الذى يعتنقه الفقه الحديث فى المانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به اغلب الفقه فى مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة :

فالتقنين الالمانى ينص فى المادة ٣٠٥ على أن « انشاء الالتزام بمقتضى تصرف قانونى لا يكون الا بعقد ، عدا الاحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك » .

والتقنين الايطالى ينص فى المادة ١٩٨٧ على أن « الوعد المنفرد بالقيام باداء لا يكون له أثر ملزم فى غير الأحوال التى نص عليها القانون » .

والتقنين العراقى ينص فى المادة ١٨٤ على ما يأتى :

« ١ ـ لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

٢ ـ ويسرى عليها مايسرى على العقد من احكام الا ما يتعلق منها بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » .

والتقنين الليبى ينص فى المادة ٦٥ على ما يأتى :

« ١ ـ اذا نص القانون على أن تكون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام سرى عليها ما يسرى على العقد من احكام ، الا اذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الارادة أو كانت تتعارض مع نص القانون .

٢ ـ وتسرى بوجه عام احكام العقد على الارادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب آثارا أخرى غير انشاء الالتزام » .

ويلاحظ أن هذا النص الوارد فى التقنين الليبى متاثر بالرأى الفقهى الذى أشير اليه والذى يذهب الى أن نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التى تكون الارادة المنفردة مصدرا لها بمقتضى النص .

والتقنين الاردنى : ينص فى المواد من ٢٥٠ الى ٢٥٣ على ما يأتى :

م ٢٥٠ : « يجوز أن يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه الزام الغير بشىء وذلك طبقا لما يقضى به القانون » .

م ٢٥١ : « ١ ـ تسرى على التصرف الانفرادى الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢ ـ ويبقى الايجاب فى العقد خاضعا للأحكام الخاصة به » .

م ٢٥٢ : اذا استوفى التصرف الانفرادى ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

م ٢٥٣ : « ١ ـ اذا كان التصرف الانفرادى تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله .

٢ ـ واذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك أو كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده فى المجلس .

٣ ـ اذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد .

٤ ـ كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » .

والتقنين الكويتى فى المادة ٢٢٠ على ما يأتى :

« ١ ـ التصرف القانونى الصادر بالارادة المنفردة لا ينشىء التزاما ولا يعدل فى التزام قائم ولا ينهيه ، الا فى الأحوال الخاصة التى ينص عليها القانون .

٢ ـ فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف مايسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، الا ماكان منها متعارضا مع قيام التصرف على الارادة الواحدة وعلى الأخص ما تعلق بتوافق ارادتى طرفى العقد » .

والفقه الاسلامى يعترف للارادة المنفردة بالقدرة على انشاء الالتزام، ويميز فى هذا الصدد بين الالتزام والوعد والنذر ، ولكنه يختلف فى مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات (انظر البدائع ج ٥ ص ٨١ وما بعدها وج ٦ ص١١٥ ـ ٢١٤ . وانظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٤١ ـ ٤٦) .

وفى ضوء كل ماتقدم فان النص المقترح يقف بالارادة المنفردة عند حد كونها مصدرا استثنائيا للالتزام ، فلا تعتبر كذلك الا فى الحالات التى ينص فيها القانون على الالتزام بالارادة المنفردة .

(مادة ١٦٨)

١ ـ من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢ ـ واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان يوجهه للجمهور ، على الا يؤثر ذلك فى حق من اتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع فى خلال ستة أشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور » .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » فى الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ١٨٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢٥٥ من التقنين الأردنى .

وتقابلها المواد ٢٢١ ـ ٢٢٦ من مشروع التقنين الكويتى .

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقا للالتزام بارادة منفردة ، حيث يلتزم من يوجه الى الجمهور وعدا بجائزة عن عمل معين بارادته المنفردة .

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى من التزام الواعد بوعده (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٤٥) .

الفصل الثالث
العمل غير المشروع

الفرع الأول
المسئولية عن الأعمال الشخصية

(مادة ١٦٩)

١ – كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولوكان غير مميز .

تتناول هذه المادة القاعدة فى المسئولية عن الأعمال الشخصية ، فهى بهذه المثابة تعتبر القاعدة العامة فى المسئولية عن العمل غير المشروع .
وهذه المادة يقابلها فى التقنين الحالى المادتان الاتيتان :
م ١٦٣ : « كل خطا سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .
م ١٦٤ : « يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

١ – ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه او تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » .

وتقابلها فى التقنين العراقى المواد الآتية :

م ١٨٦ : « ١ – اذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسببا ، يكون ضامنا ، اذا كان فى احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى .

٢ – واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين فى الضمان » .

م ١٩١ : « ١ – اذا اتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

٢ – واذا تعذرالحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنونا ، جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

٣ – عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم » .

م ٢٠٢ : « كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح أو ضرب او أى نوع آخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر » .

م ٢٠٤ : « كل تعد يصيب الغير بأى ضرر آخر غير ماذكر فى المواد السابقة يستوجب التعويض » .

م ٢١٦ : « ١ – لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

٢ – فلو اتلف أحد مال غيره فى مقابل اتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنا للآخر ما اتلف . ولو انخدع شخص فاخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها الى غيره » .

وتقابلها فى التقنين الأردنى المواد الآتية :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م ٢٥٧ : « ١ – يكون الاضرار بالمباشرة أو التسبب .

٢ – فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولاشرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدى أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا الى الضرر » .

م ٢٥٨ : « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر » .

م ٢٦٠ : « ليس لمن اتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص والا ضمن كل منهما ما اتلفه » .

م ٢٧٣ : « ما يجب من مال فى الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجانى غير مميز هو على العاقلة أو الجانى للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون » .

م ٢٧٤ « رغما عما ورد فى المادة السابقة ، كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما احدثه من ضرر للمجنى عليه او ورثته الشرعيين أو من كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار » .

م ٢٧٥ : « من اتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين » .

م ٢٧٨ : « اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها فى التقنين الكويتى المادة ٢٢٧ التى تنص على ما يأتى :

« ١ – كل من احدث بخطئه ضررا بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء كان فى أحداثه الضرر مباشرا أو متسببا .

٢ – ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء ولو كان غير مميز » .

وفى الفقرة الأولى من النص المقترح تتضح أركان المسئولية التقصيرية وهى ثلاثة : الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر . وهذه الأركان جميعها واجبة الاثبات . غير أنه يلاحظ أن النص المقترح جاء فيه لفظ « فعل » بدلا من لفظ « خطأ » الوارد فى نص التقنين الحالى . وهذا التغيير مقصود . ومقتضاه أن يتوزع عبء الاثبات على عاتق الطرفين فى الدعوى . حيث يكتفى من المضرور باثبات الفعل الذى ترتب عليه الضرر ، أى اثبات نسبة هذا الفعل الى المدعى عليه . ويبقى على هذا الأخير أن يقيم الدليل على أن الفعل المنسوب اليه مما يجوز له أن يأتيه شرعا ، فاذا نجح فى هذا الاثبات اندفعت المسئولية عنه ، لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان ، واذا لم ينجح قامت مسئوليته . وبذلك يتوزع عبء الاثبات بين الطرفين ، الأمر الذى يخفف عن المضرور عبء اثبات خطأ يصعب اثباته فى كثير من الحالات .

وقد يبدو لاول وهلة أن هذا التغيير لا ينطوى على أهمية له من الناحية العملية ، لا سيما اذا عرفنا أن ما يحصل عملا هو أن يبادر كل من الطرفين منذ البداية الى تقديم ما يراه من ادله لصالحه . ولكن مع ذلك فان التطبيق العملى قد يسفر عن صور لم تخطر على البال ، فيكون من الأفضل تحديد عبء الاثبات على هذا النحو . اذ أن لهذا التحديد أهميته لمعرفة من يكسب الدعوى ومن يخسرها ، فالذى لا يقع عليه عبء الاثبات لا يخسر الدعوى اذا أخفق فى التدليل على ما يدعيه .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن الفقه الاسلامى عنى بذكر تطبيقات عديدة للقاعدة العامة فيما يتعلق بالفعل الضار • فتحدث عن اتلاف المال ، والغصب ، والأفعال الضارة التى تقع على النفس • وقلده فى ذلك التقنين العراقى والتقنين الأردنى ، ولكنهما مع ذلك عادا الى تقرير القاعدة العامة كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر •

وقد رؤى عدم الاغراق فى التطبيقات والتفاصيل ، والاكتفاء بالقاعدة العامة على النحو الوارد فى النص المقترح • فهذا أسلم من الناحية التشريعية ، وادعى الى ترك الباب مفتوحا امام الاجتهاد ، لا سيما وأن التطبيقات مهما كثرت لا يتصور أن تكون شاملة كل ما يدخل تحت القاعدة العامة •

وهناك مسألة يجب القاء الضوء عليها ، وهى علاقة السببية بين الخطأ والضرر • فالمسئولية ، سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، تقوم على أركان ثلاثة ، هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما • فلا يكفى لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب الذى أدى الى وقوع الضرر • ومعرفة ما اذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم مسألة يدق النظر فيها حين تتعدد الأسباب التى أدت الى وقوع الضرر • ولذلك تعددت فيها النظريات سواء فى فقه القانون الوضعى أو فى الفقه الاسلامى • ومن النظريات التى جاءت فى الفقه الاسلامى أن المباشر ضامن وان لم يتعمد (م ٩٢ من المجلة) ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد (م ٩٣ من المجلة) ، واذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر (م ٩٠ من المجلة) • وبها أخذ التقنين العراقى والتقنين الأردنى والتقنين الكويتى • ولكنها ليست النظرية الوحيدة فى الفقه الاسلامى • والنص على نظرية معينة ليس عملا سليما من الناحية التشريعية ، حيث يحسن أن يترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد • وكما خضعت الفكرة لتطور فى فقه القانون الوضعى يحسن أن تترك كذلك للتطور فى الفقه الاسلامى •

لهذا رؤى عدم الاشارة فى النص المقترح أو فى غيره الى نظرية بعينها فى خصوص علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر •

اما عن مسئولية عديم التمييز فقد رؤى فى النص المقترح أن يؤخذ بما يقرره الفقه الاسلامى ، حيث تكون القاعدة هى مسئولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذى يصدر منه ، فلا تكون مسئوليته على سبيل الاستثناء كما يقضى التقنين الحالى • ووجه العدالة ظاهر فى الحل المقترح والذى يأخذ به الفقه الاسلامى • والاتجاه الان نحو التوسع فى الحالات التى تقوم فيها المسئولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ • ولعل فيما عرضنا له من توزيع عبء أثبات الفعل الضار بين طرفى الدعوى ما يشير الى الرغبة فى أن نخطو خطوة فى هذا الطريق ، (انظر م ٩١٦ من المجلة) •

(انظر م ٨٨١ ــ ٩٢٥ من المجلة)

(مادة ١٧٠)

اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز ، وتعذر الحصول على التعويض من ماله ، جاز للقاضى ان يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض » •

هذه المادة تقابل المادة ١٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

«١ ــ يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز •

٢ ــ ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » •

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

«١ ــ اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله •

٢ ــ واذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنونا جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر •

٣ ــ عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم » •

وتقابل فى التقنين الادنى المادتين الاتيتين :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر» •

م ٢٧٨ : «اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » •

وتقابل المادة ٢٢٧ / ٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء ولو كان غير مميز » •

وحكم المادة المقترحة ييسر للمضرور الحصول على التعويض اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله •حيث يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولى أو وصى أو قيم او مكلف بالرقابة • يكون لهذا المسئول اذا استطاع ان ينفى الخطأ عن نفسه ، ان يرجع فيما بعد على عديم التمييز (قارن م ٩١٦ من المجلة) •

(مادة ١٧١)

يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس أو العرض أو المال ، اذا كان فى مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تتناول واجبا يفرضه الشرع حماية للنفس أو العرض أو المال • فاذا وجد شخص غيره يتعرض لاذى فى نفسه أو اعتداء على عرضه او غصب أو اتلاف لماله وجب عليه أن يبادر الى انقاذ هذا الغير كى يحمى نفسه او يصون عرضه أو يحفظ ماله ، مادام أن لدية القدرة على هذا

الانقاذ دون أن يتعرض لخطر . فان قصر فى أداء هذا الواجب تحققت مسئوليته . كان يرى سباح شخصا يشرف على الغرق فيمتنع عن نجدته رغم قدرته على انقاذه دون أن يتعرض لخطر . أو يرى شخصا آخر يخطف أنثى وهى تستغيث فيقعد عن نجدتها رغم قدرته على ذلك . أو يرى شخصا آخر يخطف مال غيره ويفر به فلا يبادر الى تتبعه لاسترداد المال منه رغم أن فى وسعه ذلك ، أو يراه يضرم النار فى مال غيره فلا يمنعه من ذلك رغم أن هذا المنع فى استطاعته .

وقد ثار بحث هذه المسألة فى فقه القانون الوضعى الحالى فى شأن حالات الامتناع عن تقديم يد المعونة التى لم ينص فيها القانون على واجب محدد . فكان الرأى أن الشخص لا يكون مسئولا حتى لو امتنع عن عمل فيه مصلحة محققة لآخر ، وذلك حماية لحرية الممتنع ولأن الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التى لا يتكفل بها القانون . على أن هذا لا يعنى ، فى نطاق القانون الحالى ، أن المسئولية فى حالة الامتناع لا تقوم الا عند الاخلال بالتزام قانونى محدد يفرض القيام بعمل معين ، كما فى حالة الامتناع عن اضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليلا . فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسئولية رغم عدم وجود التزام قانونى محدد ، وذلك حين يكون هذا الامتناع اخلالا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحمايه الغير فى ظروف معينة . فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور الى الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية التى تعبر خطوطها الحديدية . ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة فى الطريق أثناء القيام بعمل يقتضى ذلك أن تضع بجانبها اشارة تنبه المارة الى وجودها . بل ان هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة . فالطبيب الذى يجد فى الطريق شخصا أصيب فى حادث بحيث أصبح فى حاجة الى انقاذ سريع يجب عليه أن يبادر الى انقاذه ، فان امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئا وتحققت مسئوليته .

وجدير بالذكر فى هذا المقام أن قانونا صدر فى فرنسا سنه ١٩٤٥ عدل الشارع الفرنسى بموجبه المادة ٤٥ من تقنين العقوبات الفرنسى، بحيث أصبح امتناع الشخص عن تقديم المساعدة جريمة اذا كان فى استطاعته دون خطر عليه أو على غيره أن يمنع فعلا يعد جناية أو جنحة ضد سلامة الغير ولا يمنعه ، أو كان يعلم دليل براءة معتقل أو محكوم عليه فى جناية أو جنحة ولا يتقدم للادلاء بشهادته أمام القضاء أو الشرطة . وهاتان حالتان يعتبر الممتنع فيهما آثما شرعا .

ويأتى النص المقترح ليقرر واجبا قانونيا محددا فى هذا الصدد ، فيغنينا عن تلمس الحالات التى يكون الامتناع فيها عن تقديم يد المعونة موجبا للمسئولية . فهو يقرر قاعدة من شأنها أن ترتفع بالواجب الخلقى الذى يفرضه الشرع الى مستوى الواجب القانونى الذى يستوجب المسئولية . وحرى بالمجتمع الاسلامى أن يأخذ بقاعدة على هذا النحو تستوعب جميع الحالات التى يقعد فيها الشخص عن المبادرة الى انقاذ الغير من خطر يداهمه فى النفس أو العرض أو المال رغم استطاعته ذلك .

(مادة ١٧٢)

اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر . ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

تتناول هذه المادة السبب الأجنبى الذى من شأنه أن يقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه فى دعوى المسئولية والضرر الذى أصاب المدعى فى هذه الدعوى .

وهى تطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث مفاجىء أو قوة قاهره أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢١١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦١ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه «اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى عنه لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

ولم يرد فى النص المقترح ذكر للحادث المفاجىء الذى ذكرته النصوص المقابلة لانه يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، ولذلك لايفرق الفقه بينهما فى الحكم . وكذلك لم تذكر فى النص المقترح الآفة السماوية التى ذكرها النصان العراقى والاردنى نقلا عن الفقه الاسلامى لانها أيضا تعتبر من قبيل القوة القاهرة .

(مادة ١٧٣)

١ - الضرورات تبيح المحظورات ، ولكنها تقدر بقدرها .

٢ - فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

تتناول هذه المادة حالة الدفاع الشرعى .

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق المادة ١٦٦ من التقنين الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على الا يجاوز فى ذلك القدر الضرورى ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه متضيات العدالة » .

وتقابل المادة ٢٦٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز قدر الضرورة والا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣٥ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأ الشرعى الذى يقول به الفقه الاسلامى والذى يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا له (م ٢١ و٢٢ من المجلة) .

(مادة ١٧٤)

١ - يختار أهون الشرين . فاذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما ، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف . ولكن الاضطرار لايبطل حق الغير ابطالا كليا .

٢ - فمن اضطر الى أن يلحق ضررا بالغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا .

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل المادة ١٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذى سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى تراه المحكمة مناسبا » .

وتقابل المادة ٢٣٦ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبداين الشرعيين اللذين يقول بهما الفقه الاسلامى والذى يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا لهما (م ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٣ من المجلة) .

(مادة ١٧٥)

لايكون الموظف العام مسئولا عن فعله الذى أضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس ، متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، واثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذى وقع منه . وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف .

وتطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢١٥ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣٧ من التقنين الكويتى .

وهى تعتبر تطبيقا لمبدأ شرعى يقول به الفقه الاسلامى ، حيث يقضى بان « يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا» (م٨٩ من المجلة) .

الفرع الثانى

المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

١ - المسئولية عن عمل الغير

(مادة ١٧٦)

١ - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، وذلك مالم يثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .

٢ - ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج اذا كانت الزوجة فى كنف متولى الرقابة .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ – ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، او بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته • وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف • وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج •

٣ – ويستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، أو اثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » •

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

اولا – حذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة فيها ، وهى التى تفيد التزام المكلف بالرقابة بالتعويض ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز ، حيث صار حكمها مسلما بعد ان اصبحت القاعدة فى النصوص المقترحة هى التزام من يقع منه الفعل الضار بالتعويض ولو كان غير مميز •

ثانيا – اضيفت فى آخر الفقرة الثانية عبارة « اذا كانت الزوجة فى كنف متولى الرقابة » • وذلك لقصر مسئولية متولى الرقابة على الزوج على الحالة التى تكون فيها الزوجة فى كنف متولى الرقابة على زوجها ، لأنه اذا كانت الزوجة منفصلة عن الزوج فلا محل لمساءلة متولى الرقابة عن أفعالها الضارة •

ثالثا – ادمج حكم الفقرة الثالثة مع حكم الفقرة الأولى •

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٣٨ من التقنين الكويتى •

وتقابل الفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : «لا يسأل أحد عن فعل غيره • ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر •

أ – من وجبت عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » •

وتقابل المادة ٢١٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه الصغير •

٢ – ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » •

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته ، واذ يقيم قرينة تخفف عبء الاثبات عن المضرور فى هذا الصدد ، انما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض • ويبقى أمام المكلف بالرقابة أن يرجع بما اداه من تعويض على الخاضع للرقابة وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) •

(مادة ١٧٧)

١ – يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه فى حال تادية وظيفته أو بسببها •

٢ – وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه •

هذه المادة تطابق المادة ١٧٤ من التقنين الحالى •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤٠ من التقنين الكويتى •

وتقابل الفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : «لا يسأل أحد عن فعل غيره • ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلتزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر •

ب – من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا فى اختياره اذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع فى حال تادية وظيفته أو بسببها » •

وتقابل المادة ٢١٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التى تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسئولون عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم ، اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم •

٢ – ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » •

ويلاحظ ان المسئولية فى حكم النص الذى نحن بصدده تقررها قاعدة موضوعية ، بمعنى ان القاعدة الواردة فى هذا النص تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات • ومن ثم فهى لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع • وما يقال من انها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانونى • فهو ليس الا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية • ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك فى صحتها ، اذ الدليل لابد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية •

كما ان هذه المسئولية تقوم على فكرة الضمان . فقد راى الشارع لاعتبارات تقوم على التكافل الاجتماعى ان يضمن المتبوع خطأ تابعه الذى يقع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها ويترتب عليه ضرر يصيب الغير . ولا وجه لان يعترض على هذا النظر بأن الكفالة هنا مقررة رغم ارادة الكفيل ، لاننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتى ييسر للمضرور الحصول على التعويض .

وما دام ان هذا هو الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع ، فان هذه المسئولية تتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز . اذ القانون هو مصدر الضمان الذى تقوم عليه هذه المسئولية ، ومن ثم لايشترط التمييز لقيامها .

وينبنى على ذلك انه اذا توفرت شروط مسئولية المتبوع فان هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون فى وسع المتبوع أن يدرأها عن نفسه باية وسيلة ، اذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها.

وما يقال من أن المتبوع يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفى مسئولية التابع استنادا الى سبب أجنبى قول تعوزه الدقة . اذ أن مسئولية المتبوع لاتقوم الا اذا تحققت مسئولية التابع ، فاذا انتفت هذه الأخيرة فان الاولى لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك .
ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض على تابعه .

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المتبوع بضمان الفعل الضار الذى يقع من تابعه ، انما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض على أساس من التكافل الاجتماعى . ويبقى امام المتبوع ان يرجع بما اداه من تعويض على تابعه . وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التى تدعو الى التكافل الاجتماعى والأخذ بيد المضرور كلما أمكن ذلك .

(مادة ١٧٨)

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض عن الضرر الذى أحدثه هذا الغير .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٢٠ من التقنين العراقى التى تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨٨/٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ماياتى : « ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضا عن عمله غير المشروع » .

وحق المسئول فى الرجوع على الغير بما دفعه للمضرور يرجع الى انه ضامن وليس مسئولا مسئولية شخصية . وبذلك يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى تقضى بانه لا يسأل أحد عن فعل غيره . وهو ما جاء فى الآية الكريمة : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

٢ - المسئولية الناشئة عن الاشياء

(المادة ١٧٩)

كل من تولى حراسة شىء يكون مسئولا عما يحدثه هذا الشىء من ضرر للغير ، سواء أكان هذا الشىء حيوانا أم جمادا ، وسواء أكان منقولا أم عقارا .

هذه المادة تقابل المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين الحالى .

فالمادة ١٧٦ من هذا التقنين تنص على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يدله فيه » .

فالمادة ١/١٧٧ من هذا التقنين تنص على أن « حارس البناء ، لو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، مالم يثبت أن الحادث لايرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » .

والمادة ١٧٨ من هذا التقنين تنص على أن « كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايدله فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

وقد رؤى تعميم مبدأ المسئولية الناشئة عن الاشياء بحيث تشمل المسئولية عن فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أياكان سبب الضرر انهداما أو غيره ، وكذلك المسئولية عن سائر الأشياء ، سواء أكانت الات ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك ، وتوحيد الحكم فى جميع هذه الحالات ، اذ لا مبرر للمغايرة فى مسئولية حارس الأشياء المختلفة ولا لقصر مسئولية حارس البناء على حالة دون أخرى . ولذلك صيغ نص المادة المقترحة بحيث يشمل أحكام المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين الحالى بعد تعديل نصوص هذه المواد على النحو التالى :

فالنص المقترح يتضمن حكم المادة ١٧٦ من التقنين الحالى بعد أن استبعدت منها عبارة « ولو لم يكن مالكا له » لعدم فائدتها ، وكذلك عبارة « ولو ضل الحيوان أو تسرب » لايراد حكمها فى الفقرة الثالثة من المادة ١٨٠ المقترحة .

كما تتضمن حكم المادة ١٧٧ فقرة اولى من التقنين الحالى بعد تعديل حكمها بحيث يسرى على جميع الاضرار التى تنشأ بفعل البناء دون الاقتصار على مايحدثه انهدام البناء من ضرر .

وتشمل كذلك الحكم الوارد فى المادة ١٧٨ بعد أن استبعدت منها عبارة « أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية » بقصد تعميم المسئولية الناشئة عن الأشياء ، بحيث تشمل كل ضرر ينشأ بفعل شىء أيا كان هذا الشىء . كما استبعدت من النص عبارة « هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » ، لعدم فائدتها .

والنص المقترح تقابله المادة ١/٢٤٤٣ و ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، مالم يثبت ان هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبي من قوة قاهرة او حادث فجائي او فعل المضرور أو فعل الغير .

٢ – وتعتبر من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها ، السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الاخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة والاسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات ، والمباني ، وكل شيء آخر يكون ، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر » .

وتقابله المواد ٢٢١ – ٢٢٦ و ١/٢٢٩ و ٢٣١ من التقنين العراقي وتقابله المواد ٢٨٩ و ١/٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين الاردني .

ويلاحظ ان المسئولية في حكم النص المقترح تقررها قاعدة موضوعية، بمعنى ان القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهي لاتتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من انها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس الا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك ان فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها . اذ الدليل لابد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية .

كما ان هذه المسئولية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ، فهي مسئولية اساسها الضرر وليس الخطأ ، وبذلك توفر حماية للمضرور اكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني .

وينبني على ذلك انه اذا توفرت شروط هذه المسئولية ؛ واهمها ان يكون الضرر قد وقع للغير بفعل الشيء بأن يكون الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا كان هو السبب في احداث الضرر ، فان هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون في وسع الحارس أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة ، اذ لاتصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من ان الحارس يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع ، وذلك باثبات ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي قول يعوزه الدقة . اذ ان مسئولية الحارس لا تقوم الا اذا ثبت أن ضررا أصاب الغير بفعل الشيء بالمعنى الذي تقدم ذكره ، فاذا لم يثبت ذلك فان مسئولية الحارس لاتتحقق لعدم توفر الشروط اللازمة لقيامها .

ولهذا أغفلنا في النص المقترح العبارة الأخيرة في نص المادة ١٨٦ ونص المادة ١٧٨ من التقنين الحالي التي تقول « مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث (أو الضرر) كان بسبب أجنبي لايد له فيه » .

وقيام هذه المسئولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي ، باعتبار أن اساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو الى التكافل الاجتماعي (انظر م ٨٧ و ٨٨ و ٩٢٦ و ٩٢٩ و ٩٣٤ من المجلة) .

(مادة ١٨٠)

١ – يعتبر حارسا للشيء من له بنفسه أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في امره لحسابه الخاص ، ولو كان غير مميز .

٢ – ويفترض أن مالك الشيء هو حارسه ، مالم يثبت ان الحراسة قد انتقلت الى غيره .

٣ – وتظل الحراسة على الحيوان ولو ضل او تسرب .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تتناول في فقرتها الأولى تعريف الحراسة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء ، فتتطلب في الحارس ان تكون له سلطة فعلية على الشيء ، سواء كان يباشر هذه السلطة بنفسه او بوساطة غيره تابعه مثلا ، أو من له الولاية عليه اذا كان غير مميز . وتبرز في الوقت ذاته عدم اشتراط التمييز لدى الحارس مادامت السلطة الفعلية على الشيء تجوز مباشرتها بوساطة الولي .

وقد قصد بالنص على ذلك حسم الخلاف الذي ثار في هذا الشأن ، وذلك باختيار الرأي الذي يتسق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر فيما يتعلق بعدم اشتراط التمييز لدى المتبوع . والواقع أن قيام مسئولية المتبوع على اساس الضمان وكون العدالة في هذه الحالة قد فرضها القانون لا يترك مجالا للشك في قيام مسئولية المتبوع غير المميز كما فصلنا فيما تقدم . وفي الحالة التي نحن بصددها أيضا ، فان قيام مسئولية الحارس على فكرة التضامن او التكافل الاجتماعي ، وكون اساسها الضرر وليس الخطأ ، ينبني عليه أن يكون الحارس مسئولا ولو كان غير مميز . فهذا حكم كان يمكن الوصول اليه في يسر بدون نص ، وانما يأتي النص لكي يستبعد اي شك او جدل في هذا الخصوص .

وتفترض الفقرة الثانية من النص ان مالك الشيء هو حارسه . حيث يعتبر مالك الشيء هو في الاصل الحارس . وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة في عبء الاثبات . فالأصل ان مالك الشيء هو الحارس ، وعلى من يدعي خلاف ذلك ان يثبت ما يدعيه . فاذ رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه ان يثبت ان المالك هو الحارس ، اذ يقوم هذا الافتراض لصالحه ، بل يكون على المالك ان يثبت انه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر فيتخلص من المسئولية .

وتقرر الفقرة الثالثة من النص حكما خاصا بحراسة الحيوان كان واردا في التقنين الحالي في المادة ١٧٦ ، واقتضت صياغة النصوص اضافته الى النص الذي يعرف الحارس ويحدد مناط الحراسة .

(المادة ١٨١)

يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر ان يطالب مالك هذا الشيء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على انه « يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من

البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

والنص المقترح يعمم الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى فى خصوص مسئولية مالك البناء ، بحيث يشمل الحكم جميع الأشياء التى تهدد الغير بضرر ، اذ لا مسوغ لان يخص الشرع حارس البناء بهذا الحكم وحده فى حين ان الحيوان يمكن ان يهدد الغير بالضرر ، وكذلك بعض الأشياء غير الحية كالمفرقعات وغيرها .

وهذا الحكم وقائى ، أريد به أن يواجه حالة يكون الشخص فيها مهددا بضرر يصيبه من شىء فى حراسة آخر . فيجوز لمن يهدده الضرر ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، كما يجوز له أن يطالب بذلك الحارس اذا لم يكن هو المالك . ويجوز له فى حالة عدم قيام المالك او الحارس بالتدابير اللازمة رغم المطالبة ان يحصل على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على نفقة المالك او الحارس .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١/٢٤٤ و ٢ من التقنين الكويتى .

الفرع الثالث

أحكام عامة

(مادة ١٨٢)

١ ـ اذا تعدد المسئولون عن فعل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر .

٢ ـ وتكون المسئولية فيما بين الشركاء فى ارتكاب الفعل الضار بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ان « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

اولا ـ افردت فقرة اولى لتقرر التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار ، لأن حكمها عام يشمل كل مسئول ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصى أو عن فعل الغير أو عن الأشياء .

ثانيا ـ أفردت فقرة ثانية لبيان توزيع المسئولية بين من اشتركوا بفعلهم الشخصى فى ارتكاب الفعل الضار . واقتضى هذا ان تستبدل عبارة « فيما بين الشركاء فى ارتكاب الفعل الضار » بعبارة « فيما بينهم » . فهذا تعديل فى نص التقنين الحالى قصد به ايضاح أن المسئولية لاتكون بالتساوى الا اذا كان كل مسئول قد أسهم بفعله الشخصى فى ارتكاب الفعل الضار .

أما اذا تعدد المسئولون ، وكان أحدهم مسئولا عن فعله الشخصى والآخر مسئولا عن فعل الغير ، فان المسئولية لا توزع بالتساوى ، اذ قد يتحمل شخص واحد فقط عبء التعويض كله ، كما فى حالة مسئولية المكلف بالرقابة حيث له أن يرجع بما دفعه على الخاضع للرقابة . وكما فى حالة مسئولية المتبوع حيث له أن يرجع بما دفعه على التابع . والتعديل المقترح يوضح ذلك ، لان المكلف بالرقابة لا يعتبر شريكا للمشمول بالرقابة فى احداث الضرر ، وكذلك المتبوع لا يعتبر شريكا للتابع .

(مادة ١٨٣)

يقدر القاضى التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب ، مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، وبشرط أن يكون ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار . فاذا لم يتيسر له أن يعين مقدار التعويض تعيينا نهائيا ، فله ان يحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم ان يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » .

وجاء فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من هذا التقنين ان «التعويض يشمل مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول » .

اما المادة ٢٢٢ من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر الادبى الذى تنص عليه المادة التالية فى المشروع المقترح .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « ١ ـ تقدر المحكمة التعويض فى جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع . ٢ ـ ويدخل فى تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر » .

وكذلك المادة ٢٠٨ من هذا التقنين التى تنص على أنه « اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها ان تحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر فى التقدير » .

وتقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الاردنى التى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ من التقنين العراقى . وكذلك المادة ٢٦٨ من هذا التقنين التى تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢٣٠ من مشروع التقنين الكويتى ، التى تنص على ما يأتى : « ١ ـ يتحدد الضرر الذى يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التى وقعت والكسب الذى فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .

٢ – وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، اذا لم يكن فى المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذى تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادى » .

وكذلك المادة ٢٤٧ من هذا التقنين .

وما جاء ى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقه الاسلامى والتى تقضى بان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٤)

١ – يشمل التعويض الضرر الادبى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته او فى عرضه او فى شرفه او فى سمعته او فى مركزه الاجتماعى او فى اعتباره المالى ، يوجب مسئولية المتعدى عن التعويض .

٢ – وينتقل الحق فى التعويض الى الورثة ، مالم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالته الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٣ – ولا يجوز أن يقضى بالتعويض عما يصيب الشخص من ألم من جراء موت المصاب الا للأزواج والاقارب الى الدرجة الثانية .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يشمل التعويض الضرر الادبى ايضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به امام القضاء .

٢ – ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

وتختلف المادة المقترحة عن نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية :

أولا – اضيفت فى الفقرة الاولى اهم صور الضرر الادبى .

ثانيا – افردت الفقرة الثانية لحكم انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الغير . وهو يختلف عن حكم النص الحالى فى أن انتقال الحق فى التعويض الى الورثة لا يتوقف وفقا للنص المقترح على تحديده بالاتفاق أو رفع الدعوى كما جاء فى النص الحالى ، وانما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه . اما حوالة الحق فيه فتتوقف على تقديره بمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن به أمام القضاء .

ثالثا – افردت فقرة ثالثة لحالة التعويض عما يصيب الشخص من الم من جراء موت المصاب .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يتناول حق التعويض الضرر الادبى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض .

٢ – ويجوز أن يقضى بالتعويض للازواج وللاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبى بسبب موت المصاب .

٣ – ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبى الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى » .

وتقابل المادة ٢٦٧ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين العراقى المذكور .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣١ من التقنين الكويتى .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقه الاسلامى والتى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٥)

١ – يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح ان يكون التعويض مقسطا ، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدم تامينا .

٢ – ويقدر التعويض بالنقد . على انه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يامر باعادة الحال الى ما كانت عليه ، او ان يحكم باداء أمر معين متصل بالفعل الضار ، وذلك على سبيل التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ١٧١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٩ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين الكويتى .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقة الاسلامى والتى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٦)

يجوز للقاضى ان ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض ماذا كان المضرور قد اشترك بفعله فى احداث الضرر أو زاد فيه ٠

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢١٦ من التقنين الحالى التى تنص على أنه «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر أو زاد فيه » ٠

وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين الاردنى ٠

وتقابل المادة ٢١٠ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه فى احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوء مركز المدين » ٠

وتقابل المادة ٢٣٤ من التقنين الكويتى ٠

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقه الاسلامى والتى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ،وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) ٠

(مادة ١٨٧)

تسرى على المسائل المتعلقة بالدية والارش القواعد الواردة فى هذا الشان فى القانون الجزائى ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

والدية ، وكذلك الارش وهو جزء من الدية ، عقوبة مالية ٠ وهى تكون مقدرة فى حالة القتل وفى حالة الجناية (الجريمه) على مادون النفس على عضو تمكن فيه المماثلة ٠ وتكون غير مقدرة،حيث يترك تقديرها للقاضى ، فى حالة الجناية على مادون النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة ٠ ويتحقق ذلك بالنسبة الى أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الاذى ٠

ونظرا الى كون الدية أو الارش عقوبة ماليه ، وليست ضمانا أى تعويضا مدنيا ، فان النص المقترح يحيل فى شأنهما الى القانون الجزائى ٠

(مادة ١٨٨)

يجوز للمضرور ، فوق ما يجب له فى حالتى الدية والارش ، ان يطالب بالتعويض عن أى ضرر آخر يلحق به ٠

هذه المادة مستحدثة

وحكمها ملحوظ فيه أن الدية أو الارش انما هى مقابل لتلف النفس أو فقد العضو أو غير ذلك من ضروب الاذى ٠ وهناك اضرار أخرى تلحق المضرور لخسارة تحل به أو كسب يفوته بسبب عجز عن العمل مثلا ، فيحق له أن يطالب بالتعويض عن هذه الاضرار الأخرى فضلا عما يستحقه من دية أو أرش ٠

(مادة ١٨٩)

يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار ٠

هذه المادة تطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ من التقنين الحالى ٠

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقى ٠

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الاردنى ٠

وتطابق فى حكمها المادة ٢٥٤ من التقنين الكويتى ٠

وما جاء فى المادة المقترحة يتفق مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن يتحمل الانسان وزر عمله ٠ وقد جاء فى الآية الكريمة : « كل نفس بما كسبت رهينة » ٠

(مادة ١٩٠)

١ ـ لاتسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ٠ ولا تسمع هذه الدعوى فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ٠

٢ ـ على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا يمتنع سماعها الا بامتناع سماع الدعوى الجزائية ٠

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٧٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ٠ وتسقط هذه الدعوة فى كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ٠

٢ ـ على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمه ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقه ، فان دعوى التعويض لاتسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » ٠

وقد استبدل فى هذه المادة تعبير « عدم سماع الدعوى » بتعبير « سقوط الدعوى » مع تعديلات لفظية أخرى ٠

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٧٢ من التقنين الاردنى وتطابق فى حكمها المادة ٢٥٣ من التقنين الكويتى ٠

والفقرة الأولى منها تطابق فى حكمها المادة ٢٣٢ من التقنين العراقى ٠

الفصـل الرابع

الاثراء بلا سبب

الفـرع الأول

القـاعدة العـامة

(مادة ١٩١)

كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب شرعى على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد .

هذه المـادة تطابق المـادة ١٧٩ من التقنين الحـالى مع ابدال لفظ « شرعى » بلفظ « مشروع » .

وتطابق فى حكمها المـادة ٢٤٣ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المـادة ٢٦٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادتين ٢٩٣ و٢٩٤ من التقنين الأردنى .

والقاعدة التى تقررها المـادة المقترحة تستند الى الحديث الشريف : « لاياخذن احدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا » . وكذلك الحديث الشريف : « على اليد ما اخذت حتى تؤدية » (الشوكانى ، نيل الأوطار ج٦ ص٤٠ و ٦٢) .

وقد نصت المـادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لايجوز لاحد أن ياخذ مال أحد بلا سبب شرعى » .

الفـرع الثـانى

دفع غير المستحق

(مادة ١٩٢)

١ ـ كل من قبض ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ ـ على أنه لامحل للرد اذا كان من قام بالدفع يعلم انه غير ملزم بما دفعه ، الا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هـذا الدفع ، أو يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب .

هذه المـادة تقابل المـادة ١٨١ من التقنين الحـالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ كل من تسلم على سبيل الوفاء ماليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ ـ على أنه لامحل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، الا ان يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هـذا الوفاء » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح توخيا للدقة . كما أضيفت العبارة الأخيرة فى نهاية الفقرة الثانية التى تقول : « أو يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام أو الآداب » . والغرض من هذه الاضافة أجازة استرداد الدين الباطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب ، لأن علم الموفى بهذا السبب لا يمكن اعتباره منطويا على ارادة صحيحة بالتبرع بالموفى به ، اذ أن مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب كما تبطله تبطل كذلك قصد التبرع به .

والفقرة الأولى من المـادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المـادة ٢٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « من دفع شيئا ظانا انه واجب عليه فتبين عـدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق » .

وتطابق فى حكمها المـادة ١٩٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من أدى شيئا ظانا انه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه اذا كان قائما ومثله أو قيمته ان لم يكن قائما » .

وتطابق فى حكمها المـادة ٢٦٤ من التقنين الكـويتى التى تنص على أن « كل من تسلم ماليس مستحقا له ، التزم برده » .

أما الفقرة الثانية من المـادة المقترحة فتتناول تفصيلات تتعلق بتطبيق الحكم الوارد فى الفقرة الأولى . وذلك فى حالة علم الموفى بانه غير ملزم بما دفعه .

والقاعدة التى تضمنتها الفقرة الأولى من المـادة المقترحة ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المـادة السابقة . ومن ثم تستند الى الحديثين الشريفين اللذين تقدم ذكرهما . وقد نصت المـادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لايجوز لاحـد أن ياخذ مال غيره بلا سبب شرعى » . ونصت المادة ٢٠٧ من مرشد الحيران على أنه « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق » .

وجدير بالذكر أن الفقه الاسلامى يجعل قبض غير المستحق مصدرا للالتزام على نطاق واسع . فلو أن شخصا ظن أن عليه دينا فبان خلافه رجع بما أدى (الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤) ومن دفع شيئا ليس واجبا عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمز عيون البصائر ج ١ ص ١٩٤ . ومن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذى دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد مايقابل الأجل (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) .

(أنظر فى هذا : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٥٨ و٥٩) .

ويتضح من هذا العرض أن العبارة التى أضيفت الى الفقرة الثانية من النص المقترح ، وهى التى تقضى بأن الموفى يحق له أن يسترد اذا كان الدين الذى وفاه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب ، لها سندها من الفقه الاسلامى الذى يرى أن من دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد

الذى دفع به الرشوة باطل(مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . كما يتضح أن ماجاء فى هذه الفقرة من أن الموفى لايسترد اذا كان يعلم أنه غير ملزم بما دفعه له سنده أيضا من هذا الفقه ، لأن ما دفعه يكون على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمز عيون البصائر) ج ١ ص ١٩٤) . أما جواز الاسترداد بمقتضى هذه الفقرة فى حالتى نقص الأهلية والاكراه ، رغم علم الموفى بأنه غير ملزم بما دفعه فيرجع الى عدم صحة الوفاء .

(مادة ١٩٣)

يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه ، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الأردنى .

وقد نصت المادة ٧٢ من المجلة فى معنى الحكم الوارد فى هذه المادة على ماياتى : « لاعبرة بالظن البين خطؤه . مثلا اذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع » .

(مادة ١٩٤)

يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . على أنه يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين منضرر .

هذه المادة تقابل المادة ١٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق ، اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل .

٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود مالحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » .

وقد احتفظ فى النص المقترح بحكم هذه المادة مع اغفال التطبيق المنصوص عليه فى الجزء الأخير من الفقرة الثانية تجنبا لما يثير فكرة الربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٣٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا وفى المدين التزاما لم يحل أجله ظانا أنه قد حل فله استرداد ما دفع .

٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » .

وتقابل المادة ٢٩٨ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » .

وتقابل المادة ٢٦٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلا قيام الأجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود مالحق بالمدين من ضرر » .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى يذهب الى أن من عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الاجل . وقد جاء فى مجمع الضمانات ان المرابحة التى لم تستحق ودفعت تسترد ، كما اذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فاخذ من تركته ، فجواب المتأخرين أنه لايؤخذ من المرابحة التى جرت المبايعة بينهما الا بقدر ما مضى من الأيام . ولو أخذ المقرض المرابحة قبل مضى الأجل، فللمديون أن يرجع منها بحصة ما بقى من الأيام (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٥٨ و٥٩) .

ويتضح من هذا أن الحكم الوارد فى المادة المقترحة له سنده من الفقه الاسلامى .

(مادة ١٩٥)

لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى المدة المحددة لسماعها . ولمن أوفى ان يرجع على المدين الحقيقى بالدين ان كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٤ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الأردنى .
وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٩٦)

١ – اذا كان من قبض غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم الا برد ما قبضه . اما اذا كان سىء النية ، فانه يلتزم كذلك برد الثمار التى جناها أو التى قصر فى جنيها ، وذلك من يوم القبض أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية .

٢ – وعلى أى حال يلتزم من قبض غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد الا ما تسلم .

٢ – أما اذا كان سىء النية فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها أو التى قصر فى جنيها من الشىء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية .

٣ – وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » .

وقد أدمجت الفقرة الثانية من هذه المادة فى الفقرة الأولى ، كما أدخلت عليها تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٦٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٤٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

٢ – واذا كان من تسلم غير المستحق سىء النية وقت التسلم أو بعده فانه يلزم أيضا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشىء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذى أصبح فيه سىء النية . وفى كل الأحوال يلزم برد ما استفادة أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سىء النية اذا هلك الشىء أو ضاع ولو بغير تعد منه » .

وتقابل المادة ٣٠٠ من التقنين الأردنى التى تقول : « على المحكمة أن تلزم من قبض شيئا بغير حق أن يرده الى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تامر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض فى جنيه » .

(مادة ١٩٧)

اذا كان من قبض غير المستحق ناقص الأهلية ، فلا يلتزم برد ماقبضه الا بالقدر الذى أثرى به على وجه شرعى .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا لم تتوافر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان من تسلم الشىء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى لو كان سىء النية » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما بالرد الا فى حدود ما عاد عليه من نفع معتبرا قانونا » .

وقد أريد من الحكم الوارد فى النص المقترح حماية ناقص الأهلية . ويذهب الفقه الاسلامى الى أنه اذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فلا يكون العقد صحيحا ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (مجمع الضمانات ص ٤٨٨ . م ٢١٨ من مرشد الحيران . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٦٠) .

الفرع الثالث

الفضالة

(مادة ١٩٨)

الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٨ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٠١ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن اذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائبا وتسرى عليه الأحكام التالية » .

وفى الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى قد تستوجب الضرورة الولاية دفعا للضرر ويقرها الشارع بناء على ذلك (راجع مجمع الضمانات ص ٢٨٦ . وانظر التطبيقات المذكورة تحت المادة التالية) .

وقد نصت المادة ١١٢ من المجلة على أن « الفضولى هو من يتصرف بحق الغير دون اذن شرعى » .

(مادة ١٩٩)

تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شانا لنفسه ، قد تولى شان غيره لما بين الشانين من ارتباط لا يمكن معه القيام باحدهما منفصلا عن الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتى .

ولحكمها تطبيقات عديدة فى الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ١٣١٠ من المجلة على أنه « اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير فانه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائما مقام اذن الغائب صاحب الحصة يعنى ان تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك باذن الحاكم هو فى حكم أخذه الاذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من الصرف » .

واذا رهن الأب مال الصبى بدين نفسه وادرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فلو قضى الولد دين أبيه وأفتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى (الكاسانى ج ٦ص ٧٣ ـ ١٢٦) .

ومن وجد الضالة وأنفق عليها بأمر القاضى يكون دينا على مالكها واذا انفق بغير اذن القاضى يكون متبرعا (الكاسانى ج٦ ص٢٠٣) .

(راجع مجمع الضمانات ، ص ٤٤٨ ـ ٤٥٠) .

(مادة ٢٠٠)

تتحقق الفضالة كذلك ولو كان تدخل الفضولى فى شئون غيره مخالفا لارادة هذا الغير ، اذا كان ذلك التدخل تنفيذا لالتزام فرضه القانون ودعت اليه حاجة ملحة أو قضت بادائه مصلحة عامة .

هذه المادة مستحدثة

وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى بعد تعديلها فى لجنة المراجعة تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الاثراء بلا سبب اذا تدخل شخص فى شان لغيره مخالفا بذلك ارادة هذا الغير معروفة كانت هذه الارادة أو مفترضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ولا يعتد بهذه الارادة المخالفة اذا كان المراد من التدخل سد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بادائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز ميت » . ولكنها حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لانها تتعرض لتفصيلات تغنى عنها القواعد العامة .

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ١٦٠ فى هذا الصدد على ما يأتى : « على أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة مشيئة رب المال اذا كانت الضرورة الماسه قد اضطرت الفضولى : ١ ـ الى القيام بموجب على رب المال ناشىء عن القانون تستوجب المصلحة العامة القيام به . ٢ ـ الى القيام بموجب قانونى يختص بتقديم الطعام أو نفقات مأتم أو غير ذلك من النفقات الضرورية » .

والمادة المقترحة يقف من ورائها واجب خلقى يفرضه الشرع بصرف النظر عن ارادة رب العمل . حيث ينطبق حكمها فى حالتين استثنائيتين يعتبر الشخص فيهما فضوليا بالرغم من ان رب العمل قد نهاه عن التدخل فى شئونه :

الحالة الأولى : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل لسد حاجة ملحة كتقديم نفقة او تجهيز ميت .

والحالة الثانية : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بادائه مصلحة عامة . كان يكون هناك بناء آيل الى السقوط بحيث يهدد السكان والمارة بخطر التهدم ، فيطلب شخص من مالكه أو حارسه ان يرممه أو يسمح له بالقيام بهذا الترميم ،فيرفض المالك أو الحارس وينهى الشخص عن القيام بالترميم. ان فى هذه الحالة تتحقق الفضالة اذا قام الشخص بالترميم رغم هذا النهى ، لأن القانون يفرض واجب الترميم وتقضى المصلحة العامة بالقيام به . ويلاحظ ان الحكم فى هذا المثل عام ، بحيث يشمل من هو مهدد بضرر يصيبه من تهدم البناء كما يشمل غيره . فقد تقدم أنه يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شىء فى حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشىء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على نفقته (م ١٨١ من المشروع) . أما فى المثل المذكور فقد يكون الفضولى شخصا لا يتهدده خطر من تهدم البناء .

(مادة ٢٠١)

تسرى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٢)

يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بداه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٩١ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الأردنى •

وتطابق المادة ٢٧١ من التقنين الكويتى •

(مادة ٢٠٣)

يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بعمله عناية الشخص العادى، ويكون مسئولا عن فعله الضار • ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الفعل الضار اذا كانت الظروف تبرر ذلك •

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٩٢ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة « الفعل الضار » بلفظ « الخطأ » تمشيا مع الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن العمل غير المشروع •

وتطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الحالى •

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « الفضولى مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار وللمحكمة تحديد الضمان اذا كانت الظروف تبرر ذلك » •

(مادة ٢٠٤)

١ ـ اذا عهد الفضولى الى غيره بكل العمل أو بعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب •

٢ ـ واذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية •

هذه المادة تطابق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٢ من التقنين الحالى •

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الأردنى •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٧٣ من التقنين الكويتى •

(مادة ٢٠٥)

يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به •

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الأردنى •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٧٤ من التقنين الكويتى •

(مادة ٢٠٦)

يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص العادى • ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة • وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، وان يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل • ولا ويستحق الفضولى أجرا على عمله الا أن يكون من أعمال مهنته •

هذه المادة تطابق المادة ١٩٥ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها » التى جاءت فى النص الحالى بعد عبارة « وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف» •

وتطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الكويتى • وتقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« على رب العمل أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف وان يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولى أجرا عن عمله الا أن يكون من أعمال مهنته » •

ويلاحظ أن التقنين الأردنى فى المادة ٣٠١ منه يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل •

(مادة ٢٠٧)

١ ـ اذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن ادارته الا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن فعل ضار •

٢ ـ أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد •

هذه المادة تطابق المادة ١٩٦ من التقنين الحالى •

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٢٧٧ من التقنين الكويتى •

(مادة ٢٠٨)

١ ـ اذا مات الفضولى ، التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل •

٢ ـ واذا مات رب العمل ، بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم •

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى .

وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٧٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٩)

لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب فى جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الدائن بحقه فى الرجوع . وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى نشأ فيه هذا الحق .

هذه المادة تطابق فى حكمها المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من التقنين الحالى . حيث رؤى افراد مادة واحدة لجميع الحالات التى لاتسمع فيها دعوى الاثراء بلا سبب ، سواء أسست الدعوى على القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب ، أو على دفع غير المستحق ، أو على الفضالة .

وهى تطابق المادة ٣١١ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادتين ٢٦٣ و ٢٧٨ من التقنين الكويتى .

الفصل الخامس
القانون

(مادة ٢١٠)

الالتزامات التى يرتبها القانون على وقائع اخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ، تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لان الصياغة المختارة أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، اذ أن القانون يرتب الالتزامات دائما على وقائع . وهى الصياغة التى اختارها الشارع الكويتى فى المادة ٢٧٩ التى تنص على ما يأتى : « الالتزامات التى يرتبها القانون على وقائع اخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، تسرى فى شأنها النصوص الخاصة بها » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٢٤٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٣١٢ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الشريعة الاسلامية التزامات يرتبها الشرع من هذا القبيل ، كالالتزام بالنفقه ، والتزام الولى والوصى والقيم .

الباب الثانى
آثار الالتزام

الفصل الأول
أحكام عامة

(مادة ٢١١)

١ - ينفذ الالتزام جبرا على المدين .

٢ - ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا جبر فى تنفيذه .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٨٠ من مشروع التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٣ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى « ١ - ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية . ٢ - فاذا افتقد الحق حماية القانون لأى سبب فلا جبر فى تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب فى ذمة المدين » .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتناول الالتزام الكامل الذى يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ، ويقال له التزام مدنى ، حيث ينفذ جبرا على المدين .

أما الفقرة الثانية فتتناول الالتزام الطبيعى ، وهو الذى يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر فى تنفيذه .

وهذا التمييز بين الالتزام المدنى والالتزام الطبيعى يقابله فى الفقه الاسلامى التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة . فالالتزام المدنى أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه . والالتزام الطبيعى أو الواجب ديانة لا جبر فى تنفيذه .

والالتزام الطبيعى واجب أدبى أو أخلاقى يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبى المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية ، وبذلك يقربه من الالتزام المدنى . وهو يقتصر على التزامات كانت فى أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما فى حالة تقادم الدين ، بل يشمل كذلك التزامات كانت فى أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية ، كتعويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه قانونا أو الانفاق على قريب معوز لا تجب نفقته قانونا . وعلى هذا النحو يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية الى كل التزام يوجبه الضمير ، وهذا هو نطاق الواجب الأدبى

الذى يحوطه الفقه الاسلامى باهتمامه البالغ نزولا على مقتضيات الاخلاق والآداب . ومن الطبيعى أن تقر الشريعة الاسلامية هذا المنحى ، وهى الشريعة التى تحض على البر والاحسان والوفاء بما يكون فى الذمة ولو لم يكن فى الوسع اقتضاؤه جبرا .

(مادة ٢١٢)

يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ماذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٠ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا ، مراعيا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » .

وقد روعى فى حكم النص المقترح أن فكرة الالتزام الطبيعى ، الى جانب فكرة النظام العام والاداب وفكرة التعسف فى استعمال الحق ، تعتبر احدى المنافذ التى تدخل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانونى كى تلائم بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين . وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا النطاق . وبقدرما يخطو القاضى فى هذا السبيل تضيق مسافة الخلف بين القانون والاخلاق . وعليه أن يستلهم فى هذا الصدد روح الشريعة ومبادئها كى ينقل من نطاق الاخلاق والاداب الى نطاق الالتزام الطبيعى .

(مادة ٢١٣)

اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه ، فلا يجوز له أن يسترد ما أداه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لايسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

ومقتضى الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى أنه لكى يصح الوفاء بالالتزام الطبيعى ، بحيث لا يجوز للمدين أن يسترد ما اداه ، يجب أن يكون هذا الوفاء عن بينه ، بمعنى أن يدرك المدين أنه يفى بالتزام طبيعى لاجبر عليه فى تنفيذه ، فهو يقوم بهذا الوفاء استجابة لضميره .

وقد روى فى النص المقترح مخالفة هذا الحكم الوارد فى التقنين الحالى . فلا يشترط لصحة الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون المدين على بينة بالمعنى المذكور . وانما يصح وفاؤه ، ولو كان يعتقد أنه يفى بالتزام مدنى مجبر على تنفيذه . فما دام أن الاعتبارات الأدبية والخلقية هى التى تقف وراء الالتزام الطبيعى ، فيكفى أن يرتفع الالتزام فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة ، دون نظر الى وعى الفرد .

وقد كان القانون الرومانى لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لالتزام طبيعى حتى لو اعتقد المدين وقت الوفاء أن التزامه مدنى . وقد سار القانون الايطالى وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى (م ٦١) على هذا النهج فاكتفيا بأن يكون الوفاء تلقائيا لا يشوبه تدليس أو اكراه . ثم تراجع الفقه الحديث ومعه التقنين الحالى فاشترطا ان يكون الوفاء عن بينه واختيار فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه .

وما احوجنا الآن أن نتوسع فى الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى . حيث يكفى أن يتم الوفاء باختيار المدين . فلا يكون للغلط اعتبار فى هذا الشأن .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٣١٤ من القانون الأردنى التى تنص على أنه « اذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون صح وفاؤه ولايعتبر وفاء لما لا يجب » . وهذا النص يحتمل المعنى الذى ينطوى عليه النص المقترح ، وان كانت المذكرة الايضاحية لهذا التقنين تشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون عن بينة بمعنى ان يدرك المدين انه يستجيب بمقتضى الواجب ديانة وأنه غير ملزم قضاء به ، وذلك على غرار ما يشترطه التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٢٨٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها نص التقنين الحالى حيث تقول : «لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا ، ولا يعتبر متبرعا بما اداه » .

(مادة ٢١٤)

يصلح الالتزام الطبيعى سببا لالتزام مدنى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى » . حيث يقتصر الاختلاف على تعديل لفظى .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين الكويتى .

والنص المقترح يتناول أثرا آخر من آثار الالتزام الطبيعى، وهو أن هذا الالتزام يصلح سببا لانشاء التزام مدنى . فاذا وعد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى كان هذا الوعد التزاما مدنيا يجبر على تنفيذه .

(مادة ٢١٥)

يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٢١٩ من التقنين الحالى . وقد نقلت هى والمادة التالية لها من الفصل المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض فى التقنين الحالى الى الأحكام العامة الواردة فى صدر هذا الفصل ، لان وجوب الاعذار وشكله وحالات عدم لزومه ليس الأمر فيها مقصورا على التنفيذ بطريق التعويض .

وتنص المادة ٢١٩ من التقنين الحالى على ان « يكون اعذار المدين بانذاره او بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اى اجراء آخر » .

وقد حذفت من نص هذه المادة عبارة « ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات » ، اكتفاء بعبارة «أو بما يقوم مقام الانذار » . كما استغنى عن عبارة «كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر » بعبارة « مالم يتفق على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٩٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ، أو بورقة رسمية تقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون الاعذار بأية وسيلة اخرى يتفق عليها » .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين العراقى التى تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز أن يتم الاعذار بأى طلب كتابى آخر كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار » .

(مادة ٢١٦)

لاضرورة لاعذار المدين فى الحالات الآتية :

(أ) اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

(هـ) اذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم لزوم الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة٢٢٠ من التقنين الحالى ، مع اضافة البند(هـ) الأخير ، اذ يتضمن حالة لاجدال فى عدم لزوم الاعذار فيها .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الأردنى ، فيما عدا البند الأخير .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٥٨ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢١٧)

١ ـ اذا التزم المدين أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد ان اعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ ـ ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا اثبت ان الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو انه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل ان يتحمل تبعة الهلاك .

٣ ـ على أن الشيء المسروق أو المغصوب اذا هلك اوضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق أو الغاصب .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين الحالى . وقد نقلت هذه المادة من الفصل المتعلق بالتنفيذ العينى الى صدر هـذا الفصل ، لأن حكمها مرتبط بالاعذار ولا شأن له بالتنفيذ العينى .

وتنص المادة ٢٠٧ من التقنين الحالى على ما يأتى :

« ١ـ اذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ،وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن اعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ ـ ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

٣ ـ على أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فان تبعة الهلاك تقع على السارق . »

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولا ـ استبدال عبارة « اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر » بعبارة » اذا التزام المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن اعذر » ، لأن فى العبارة الأولى ما يغنى عن العبارة الواردة فى صدر الفقرة الأولى من النص الحالى .

ثانيا ـ استبدال عبارة « تبعة الهلاك » بعبارة « تبعة الحوادث المفاجئة» الواردة فى الفقرة الثانية من المادة .

ثالثا ـ اضافة الشيء المغصوب فى الفقرة الثالثة ، حيث يسرى عليه فى هذا الصدد حكم الشيء المسروق .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٢٨٧ من التقنين الكويتى .

الفصل الثانى
التنفيذ الجبرى

الفرع الأول
التنفيذ العينى

(مادة ٢١٨)

١ ـ يجبر المدين ، بعد اعذاره ،على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

٢ ـ على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين،جازللقاضى بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

٢ ـ على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الاتيان :

اولا ـ العدول عما يقضى به النص الحالى حيث يجعل من حق المدين نفسه أن يعمد الى التعويض النقدى اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق له، وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطلب التنفيذ العينى بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له ، ويكون دور القاضى حينئذ أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن . بينما روى فى النص المقترح جعل الأمر من أوله الى آخره للقاضى بناء على طلب المدين . وبذلك يكون الحكم أقرب الى قواعد الفقه الاسلامى . اذ أن طلب المدين فى هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة وولاية رفع المظالم الى القاضى . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهى أن القول الفصل للقاضى .

ثانيا ـ استبدال لفظ « تعويض » بعبارة « تعويض نقدى » ، لأن الأمر فى ذلك مرده الى القاضى . ولأنه لا يشترط فى التعويض أن يكون نقديا .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٤ من التقنين الكويتى وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الأردنى فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على « عوض نقدى » بدلا من « تعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين العراقى ، وهى مطابقة لنص التقنين المصرى الحالى فيما عدا أنها لا تشير الى الاعذار .

ويستند النص المقترح الى ما يقرره الفقه الاسلامى من قواعد تقضى بأنه « اذا بطل الأصل يصار الى البدل » (م ٥٣ من المجلة) وبأن « المشقة تجلب التيسير » (م ١٧ من المجلة) ، وبأنه « لاضرر ولا ضرار » (م ١٩ من المجلة) ، وبأن « الضرر يزال » (م ٢٠ من المجلة) ، وبأن « الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف » (م ٢٧ من المجلة) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٢١ من المجلة) .

(مادة ٢١٩)

العقد الذى بمقتضاه تكسب ملكية شئ أو حق عينى آخر يخول من تلقاء ذاته هذا الحق . اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه . وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى بحسب الأحوال .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٤ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين العراقى ، وهى تطابق المادة ٢٠٤ من التقنين المصرى الحالى .

وفى هذا الصدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد . أما فى الفقه اللاتينى ، فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

فجوهر الفكرة واحد فى الفقهين ، والاختلاف فى التصوير . فهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى أن الحق ينتقل بالعقد . وقد روى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه أدق من الناحية الفنية ، فاذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، فان الحق العينى فيه يكسب بمجرد العقد ، ولا يكون هناك ثمة مجال للقول بوجود التزام بنقل الحق يقع على عاتق المتصرف ، ما دام أن العقد هو الذى يكسب الحق وقد يتطلب الشارع لهذا الكسب شروطا خاصة ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع ، والتسجيل أو القيد فى العقار ، فلا يكسب الحق الا بتوافر هذه الشروط اعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوافرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل أو القيد شروط لترتب الحكم .

ويلاحظ أن المادة المقترحة اشير فيها الى القواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى والقواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى ، فتراعى هذه القواعد وتلك بحسب ما اذا كان القانون المطبق هو قانون الشهر العقارى أو قانون السجل العينى . اذ أن هذا القانون الأخير ، وان كان قد صدر برقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، الا أنه لم يبدأ العمل به الا فى نطاق محدود ، وسيبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولا به زمنا طويلا حتى يتيسر ادخال نظام السجل العينى تدريجيا على فترات متعاقبة بالقدر المستطاع .

أنظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢٠)

١ - العقد الذى بمقتضاه يكسب حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه لا يخول الحق الا بافراز هذا الشىء .

٢ - فاذا لم يقم المتصرف بما يوجبه العقد ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء .

٢ - فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٨ من التقنين العراقى ، وهى تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٢٨٥ من التقنين الكويتى وهى تتفق مع المادة ٢٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وقد روى فى المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . وذلك لأن التصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى أدق من الناحية الفنية . أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع .

وأنظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢١)

العقد الذى بمقتضاه ينتقل حق عينى يتضمن التزام المتصرف بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦ من التقنين الحالى التى تنص على أن :

« الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين الكويتى ، وهى تطابق المادة ٢٠٦ من التقنين المصرى الحالى .

وقد روى فى المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . وذلك لأن التصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى أدق من الناحية الفنية . أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع .

وأنظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢٢)

فى الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٤٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٥٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره » .

(مادة ٢٢٣)

١ - فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢ - ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ فى الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ٠

٢ ـ ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة » ٠

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ٠ ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت العبارة التى تشير الى الضرورة فى الفقرة الأولى ، لأن أمر طلب الترخيص من القضاء فى التنفيذ على نفقة المدين جوازى للدائن فله ، وهو فى هذا صاحب التقدير ، ان يتمسك بوجوب التنفيذ العينى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٨) ٠

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « فاذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب اذنا من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون اذن اذا استوجبت الضرورة ذلك » ٠

(مادة ٢٢٤)

١ ـ فى الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بادارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ٠ هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ٠

٢ ـ وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ٠

هذه المادة تطابق المادة ٢١١ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الأردنى مع اغفال عبارة « فى الالتزام بعمل » فى الفقرة الأولى ٠

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الكويتى مع اغفال عبارة « فى الالتزام بعمل » فى الفقرة الاولى ٠

وتقابل المادة ٢٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ فى الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بادارته أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ٠

٢ ـ ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما اعتاده فى شئونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك » ٠

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى مع اغفال الاشارة الى مسئولية المدين عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ٠

(راجع فى تطبيقات النص المقترح على سبيل المثال م ٧٧٦ و ٨١٥ من مرشد الحيران و م ٧٨٠ و ٧٨٢ و ٨١٤ و ٨١٥ من المجلة) ٠

(مادة ٢٢٥)

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ٠ وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ٠

هذه المادة تطابق المادة ٢١٢ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المادة ٢٩١ من التقنين الكويتى ٠

وتطابق فى حكمها المادة ٣٥٩ من التقنين الأردنى مع اختلاف لفظى ٠

وتقابل المادة ٢٥٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » ٠

(مادة ٢٢٦)

يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام

هذه المادة تقابل المادة ٢١٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » ٠ وقد حذفت من هذا النص عبارة « فى الالتزام بعمل » حتى

يتسع حكمه للالتزام بالامتناع عن عمل متى سمحت طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام تنفيذ هذا الالتزام · واقتضى هذا نقل المادة المقترحة من موضعها فى التقنين الحالى الى هذا الموضع ·

وتطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ اذا كان موضوع الحق عملا وسمحت بذلك طبيعته » ·

(مادة ٢٢٧)

١ ـ اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك ·

٢ ـ واذا رأى القاضى ان مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ،جاز له ان يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ·

٣ ـ واذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدأ من المدين ·

هذه المادة تطابق المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين الحالى ، حيث رؤى ادماجها فى مادة واحدة ·

وتطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الكويتى ·

وتطابق المادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين العراقى فالاولى تنص على أنه « اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن بقى ممتنعا عن ذلك » · والثانية تنص على أنه « اذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعية فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » ·

وما يقضى به النص المقترح من اعتداد القاضى فى تقدير التعويض بالضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين انما يستند الى القاعدة الشرعية التى تقرر أن الضرورات تقدر بقدرها وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٢٢ و ٣١ من المجلة) ·

الفرع الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

(مادة ٢٢٨)

اذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على المدين غير ممكن أو غيرمجد، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تاخر المدين فى تنفيذ التزامه ·

هذه المادة تقابل المادة ٢١٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » ·

وقد قصد بتعديل نص التقنين الحالى على النحو الوارد فى النص المقترح أن يشمل حكم النص حالة استحالة التنفيذوحالةعدم جدواه· وغنى عن البيان ان التعويض لا يكون الا اذا أصاب الدائن ضرر من عدم التنفيذ أو من التأخر فيه ·

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٩٣ من التقنين الكويتى ·

وما تقضى به المادة المقترحة يستند الى ما جاء فى الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » ·

راجع فيما يتعلق بالسبب الأجنبى : البدائع ج ٥ص ٣٣٨٨· المبسوط ج ١١ ص ١٣٢ · بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ ـ ١٥٧ ·

(مادة ٢٢٩)

١ ـ لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ·

٢ ـ وكذلك لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ·

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢١٧ من التقنين الحالى اللتين تنصان على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة ·

٢ ـ وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم · ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » ·

وتقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وتقابل المادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وقد رئي في المادة المقترحة الاخذ بعكس الاحكام الواردة في التقنين الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي . وذلك مراعاة لمبدأين أساسيين في الشريعة الاسلامية .

المبدأ الأول هو ما جاء في الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، اذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة . ويلاحظ هنا أن الفقرة الأولى من المادة المقترحة لم يرد فيها ذكر للحادث المفاجيء ، لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة .

والمبدأ الثاني هو ما جاء في الآية الكريمة : « يايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، حتى ولو كانت هذه المسئولية راجعة الى خطأ وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

(مادة ٢٣٠)

لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٨ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « القانون أو الاتفاق » بعد لفظ « ينص » .

وتطابق المادة ٢٥٦ من التقنين العراقي ، مع اغفال لفظ « الاتفاق » بعد لفظ « القانون » .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « لا يستحق الضمان الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد » .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الكويتي .

(راجع المواد ٣٧ و ٤٣ و ٤٤ من المجلة) .

(مادة ٢٣١)

١ - اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢ - ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٦٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه » .

والقاعدة في الفقه الاسلامي أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عينا يعتبر معصية يستحق عليها التعزير . وفي رواية عن أبي يوسف أنه يجوز التعزير في حالة الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال (انظر رد المحتار ج ٣ ص ١٧٨) .

(مادة ٢٣٢)

يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٣ من التقنين الحالي ، مع اغفال الاشارة الى مراعاة أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وسلطة القاضي في انقاص التعويض اذا كان المضرور قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر . والاتفاق على زيادة عبء المسئولية أو التخفيف منه ، والاعذار . اذ أنه فيما عدا الأحكام التي وردت في خصوص التعويض الاتفاقي ، فان هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التي تسري على تعويض يقدره القاضي .

وتطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون » .

وتقابل المادة ٣٠٢ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق » .

(مادة ٢٣٣)

١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر .

٢ - ويجوز للقاضي ان يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣ - ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الكويتى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « ويجوز للمحكمة فى جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل فى هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

(مادة ٢٣٤)

اذا جاوز الضرر قيمةالتعويض الاتفاقى ، جاز للدائنان يطالب بأكثر من هذه القيمة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتى التى تطابق نص التقنين الحالى .

وقد رؤى فى المادة المقترحة مخالفة ما يقضى به التقنين الحالى والتقنين الكويتى على النحو الوارد فيهما ، وذلك مراعاة للقاعدة العامة التى تربط بين قيمة التعويض ومقدار الضرر ، وللتقريب عدالة بين ما يجوز للمدين أن يتمسك به وما يجوز للدائن ان يطالب به .

(مادة ٢٣٥)

١ ـ يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التاخير فى الوفاء به .

٢ ـ وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد اريد بها النص صراحة على تحريم الربا نزولا على حكم الشريعة الاسلامية . حيث جاء فى الآية الكريمة : « أحل الله البيع وحرم الربا » . ووصلت الشريعة فى تحريم الربا الى حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله . حيث جاء فى الآية الكريمة : « فأذنوا بحرب من الله ورسوله » .

وكان فى الوسع اغفال هذه المادة اكتفاء بالحكم العام الذى جاء فى المادة ٣ من المشروع ، حيث تنص على أنه « تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام » .

ولكن رؤى أن من اللازم التصدى صراحة لهذا الموضوع نظرا الى خطورته . فيكون باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد ، سواء كان ذلك فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود او فى مقابل التاخير فى الوفاء به ، وسواء كانت الفائدة ظاهرة او مستترة على نحو ما جاء فى النص ، وذلك للحيلولة دون أى تحايل فى هذا الخصوص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى بسيط .

(مادة ٢٣٦)

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتاخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التاخير .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعى فيها أن الدائن قد يضار اذا تاخر مدينه عن الوفاء بمبلغ من النقود رغم حلول أجل هذا الوفاء . وفى هذه الحالة يحق للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذى يصيبه من جراء هذا التاخير . وذلك حماية للثقة التى يجب أن تسود التعامل . ولأن الشريعة الاسلامية لا تأبى التعويض عن الضرر الذى يلحق الدائن فى هذه الحالة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٠٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، واثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

الفصل الثالث

الوسائل التى تكفل حقوق الدائنين

نظرة عامة :

القاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . فهذه الأموال هى الضمان العام للدائنين . وهذا الضمان العام يخول الدائن أن يستأدى حقه من أموال مدينه . فله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

وقد تكفل تقنين المرافعات بالطرق التنفيذية .

وتكفل التقنين المدنى بالطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين .

وقد نظم التقنين المدنى الحالى خمسة من هذه الطرق . فنظم دعاوى ثلاثا ، هى الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية . ونظم الحق فى الحبس . وهذه الطرق الأربعة كلها اجراءات فرديه ، وليس من شأنها أن تغل يد المدين عن أماله . ونظم طريقا خامسا هو الاعسار . وهذا الطريق هو أيضا اجراء فردى ، ولكن من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله .

وقد رؤى نقل النصوص الخاصة بالصورية الى مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد ، لأنها الصق بهذه الآثار . وعلى الرغم من هذا النقل فلا شك فى ان للدائن أن يرفع دعوى الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين اذا قام هذا بتصرف صورى فى ماله ليخرجه من الضمان العام ، فيستبقى الدائن بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه . غير أنه يلاحظ أن الدائن قد يتمسك بالعقد

الظاهر اذا كان حسن النية ، كما أنه ليس الوحيد الذى يحق له رفع دعوى الصورية كما هى الحال فى الدعويين الأخريين ، فقد يرفع دعوى الصورية المتعاقد أو الخلف الخاص . وفى هذا ما يدل بوضوح على أن أحكام الصورية الصق بآثار العقد .

كذلك رؤى عدم ايراد تنظيم للاعسار ، على خلاف التقنين الحالى ، لأن العمل قد دل على أن نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوة منه لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون فى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقهم ، وفى سائر وسائل التنفيذ ، ما يغنيهم عن طلب الحكم بشهر اعسار مدينهم ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته .

واذا كان من مزايا نظام الاعسار للدائن حلول أجل دينه ، فان نص المادة ٢٦١ من المشروع قد كفل له هذه المزية متى ثبت أن أموال مدينه لا تفى بالديون الحالة ، من غير أن يترتب على ذلك صدور حكم يدمغ المدين بالاعسار .

وتلك الاعتبارات التى دعت الى عدم ايراد تنظيم للاعسار هى ذاتها التى دعت الى عدم ايراد تنظيم للحجر على المدين المفلس ، على خلاف التقنين العراقى والتقنين الأردنى .

(مادة ٢٣٧)

١ – أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ – وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « مع مراعاة احكام القانون ، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان » .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتى .

وفكره أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة فى الفقه الاسلامى ، اذ يستطيع الدائن أن ينفذ على أى مال من أموال المدين استيفاء لحقه . وليس لدائن أن يتتبع عينا خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة الى عين معينة الا اذا كان له تامين خاص كالرهن مثلا يخوله حق التتبع أو حق التقدم .

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة

(مادة ٢٣٨)

١ – لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ – ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه ان يسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الكويتى .

والدعوى غير المباشرة التى يقررها النص المقترح لها سندها فى الفقه المالكى . ففيه اذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بينه على حقه فى ذمة الغير الا شاهد واحد ، ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، جاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم فى الحلف على النحو الذى نراه فى استعمال الدائن لحق المدين فى هذه الدعوى (انظر الخرشى ج ٥ ص ٢٦٧ – عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٣٨ هامش ٢)

(مادة ٢٣٩)

يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين . وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل فى أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق المادة ٢٦٢ من التقنين العراقى ، مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٠٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عنه » .

والواقع أن ما جاء فى النص المقترح من أن كل نفع تسفر عنه الدعوى يدخل فى أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه ، انما هو نتيجة لازمة لاعتبار الدائن فى هذه الدعوى نائبا عن المدين . ومع ذلك رؤى ذكره فى النص للمقابلة بين هذه الدعوى ودعوى عدم نفاذ التصرف التى يتناولها النص التالى .

الفرع الثانى

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن

(مادة ٢٤٠)

لكل دائن اصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين

او الزيادة فى اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣١٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردنى فالمادة ٣٧٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا أحاط الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه » . والمادة ٣٧١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا طالب الدائنون المدين الذى احاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه فى حقهم ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة فى ثمنه وفقا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة فى حق دائنيه قائمة فى الفقه المالكى . ففى هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذى أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسرى فى حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التى صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية .

أولا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بان تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له (الخرشى ج٥ ص ٢٦٣ . حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٣) .

ثانيا : أن يكون المدين عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله (الحطاب ج ٥ ص ٣٥) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين . فلا يسرى فى حقهم اذا كان تصرفا مفقرا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببا فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره (حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٤ الخرشى ج ٥ ص ٢٦٣ و٢٦٤ و٢٦٥) .

(عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٨١ ـ ١٩٢) .

(مادة ٢٤١)

١ ـ اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢ ـ أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

٣ ـ واذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ، أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ، أن كان المدين قد تصرف له تبرعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادتين ٣١١ و ٣١٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردنى وقد تقدم ذكرهما .

(أنظر المواد ٩٥٩ و ٩٦١ و ٩٩٩ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ من المجلة) .

(وانظر ما ذكرناه تحت المادة السابقة عن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف فى الفقه المالكى) .

(مادة ٢٤٢)

اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون او يزيد عليها .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣١٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٧٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا ادعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يزيد على قيمة الديون » .

(مادة ٢٤٣)

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٦ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣١٤ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ٢٤٤)

اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هـذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خزانة المحكمة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤١ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٧ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المـادة ٣١٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٤٥)

١ ـ اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة .

٢ ـ واذا وفى المدين المعسر احد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين اصلا للوفاء ، فلا يسرى هـذا الوفاء فى حـق باقى الـدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٣١٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٤٦)

لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع فى جميع الاحوال بعد انقضـاء خمس عشرة سـنة من الوقت الذى صـدر فيه التصرف .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٣ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة «لا تسمع» بعبارة «تسقط بالتقادم» فى صدر النص ، واستبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » فى وسط النص .

وتطابق المادة ٢٦٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين الاردنى .

وتطـابق المـادة ٣١٧ مـن التقنين الكويتى ، فيمـا عـدا أن هـذه الأخيرة تتضـمن لفظ « تسقط » بالنسبة للدعـوى بـدلا من عبارة « لاتسمع » .

الفرع الثالث

الحق فى الحبس

(مادة ٢٤٧)

١ ـ لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشـأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ، أو مادام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه .

٢ ـ ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

هذه المادة تطابق المـادة ٢٤٦ من التقنين الحالى ، مع تعـديل لفظى بسيط فى الفقرة الاولى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من التقنين الكويتى .

والفقرة الاولى منها تطابق فى حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٣٨٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » .

والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٢٨١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو فى يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجارا أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانونا الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

وتقابل المادة ٣٨٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « لمن انفق على ملك غيره وهو فى يده مصروفات ضرورية أو نافعة أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانونا مالـم يتفق أو يقضى القانـون بغير ذلك » .

وفى الفقه الاسلامى يتركز حق الحبس فى مال ضمانا للدين . وقد يكون مصدره العقد . حيث يكون للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . ويكون للمستأجر ان يحبس المأجور اذا انفسخت الاجارة حتى يسترد ما عجله من الأجرة . ويكون للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفى ما أنفقه فى حفظها باذن القاضى . ويكون للأجير المشترك الذى لعمله أثر فى العين كالخياط ان يحبس العين حتى يستوفى الأجرة . ويكون للوكيل بالشراء أن يحبس المال الذى اشتراه عن الموكل حتى يدفع اليه الثمن .

وقد يكون الشرع هو مصـدر حـق الحبس . فللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يستوفى ما انفقه عليها باذن القاضى . وللغاصب أن يحبس المغصوب الذى زاد فيه زيادة متصلة من ماله ، كمن يقيم على الأرض المغصوبة بناء أو غرسا حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

(انظر فى هذا : الكاسانى ج ٤ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٦ و ج ٥ ص ٢٥٩ وج ٦ص ٣٧ و ٢٠٢ . الزيلعى ج ٥ص ١١١ و ٢٣٠ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٦ . م ٢٧٨ ـ ٢٨٠ وم ٤٨٢ و م ١٤٩١من المجلة) .

(مادة ٢٤٨)

١ ـ مجرد الحق فى حبس الشىء لايثبت حق امتياز عليه .

٢ ـ وعلى الحابس أن يحافظ على الشىء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته .

٣ ـ واذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للاحكام المقررة فى رهن الحيازة ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الثالثة .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى بسيط .

وتقابل المادتين ٣٩٠ و٣٩١ من التقنين الأردنى . فالمادة ٣٩٠ من هذا التقنين تنص على أن : « ١ ـ على من احتبس الشىء أن يحافظ عليه وأن يقدم حسابا عن غلته . ٢ ـ وله أن يستصدر اذنا من المحكمة ببيع الشىء المحتبس اذا كان يخشى عليه الهلاك أو التعيب وذلك وفقا للاجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة وينتقل حق الاحتباس من الشىء الى ثمنه . والمادة ٣٩١ من هذا التقنين تنص على أن «من احتبس الشىء استعمالا لحقه فى احتباسه كان أحق من باقى الغرماء فى استيفاء حقه منه » .

وتقابل المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من التقنين الكويتى . فالمادة ٣١٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « ١ ـ على الحابس أن يحافظ على الشىء ، وأن يقدم حسابا عن غلته » .

٢ ـ واذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من المحكمة فى بيعه وفقا لاجراءات تحددها . وله أن يبيعه دون اذن المحكمة فى حالة الاستعجال ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه » . والمادة ٣٢٠ من هذا التقنين تنص على أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لايعطى الحابس حق امتياز عليه » .

انظر فى الفقه الاسلامى فى اللقطة : الكاسانى ج ٩ ص ٢٠٣ . الزيلعى ج٣ ص ٣٠٦ .

(مادة ٢٤٩)

اذا هلك الشىء المحبوس أو تلف لأى سبب كان انتقل الحق فى الحبس الى مايحل محله .

هذه المادة مستحدثة . وقد قصد من ايرادها وضع قاعدة عامة تجعل الحق فى الحبس ينتقل الى المال الذى يحل محل الشىء المحبوس فى حالة الهلاك أو التلف ، كأن يكون هذا المال تعويضا أو مبلغ تأمين ، وذلك تطبيقا لمبدأ الحلول العينى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا هلك الشىء المحبوس أو تلف ، انتقل الحق فى الحبس الى مايستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض ، وتسرى على انتقال الحق الأحكام الخاصة برهن الحيازة » .

ويتفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الاسلامى الخاصة بانتقال حق الدائن المرتهن الى بدل الشىء المرهون عند تلفه أو هلاكه .

(مادة ٢٥٠)

١ ـ ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه .

٢ ـ ومع ذلك يجوز لحابس الشىء ، اذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٨٤ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى .

وتطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الكويتى ، مع اختلاف لفظى (انظر الأشباه والنظائر ص ٣٧٦ . م ٢٨١ من المجلة و م ٤٥٩ من مرشد الحيران) .

الباب الثالث

الأوصاف المعدله لآثار الالتزام

الفصـل الأول

الشرط والأجل

الفرع الأول

الشرط

(مادة ٢٥١)

يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على امر مستقبل غير محقق الوقوع .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٥ من مشروع التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ .

٢ – ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » .

وتقابل المادتين ٣٩٣ ، ٣٩٥ من التقنين الاردنى :

فالمادة ٣٩٣ من هذا التقنين تنص على أن « الشرط التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على أن « التصرف المعلق هو ماكان مقيدا بشرط غير قائم او بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق الشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » .

(انظر فى الفقه الاسلامى م ٣١٥ – ٣١٩ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٥٢)

يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل أوشرط مخالفا للنظام العام او للآداب ، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

١ – لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا . أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

٢ – ومع ذلك لايقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدفع للالتزام .

وقد عدلت هذه المادة بتوحيد الحكم بالنسبة الى نوعى الشرط . حيث لا يقوم الالتزام ، اذا علق على شرط واقف أو فاسخ ، وكان الشرط مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب . ذلك ان الشرط الفاسخ لا يمكن الا أن يكون هو السبب الدافع الى التعاقد ، ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، ومن ثم قد تتحقق الصورة التى لا يكون فيها الشرط الفاسخ هو السبب الدافع الى التعاقد ولا وجه لاختلاف الحكم بحسب ما اذا كان هذا الشرط مستحيلا أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب ، ففى الحالين لا يقوم الشرط ولا الالتزام .

قارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٣٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٨٧ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٢٦٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٣٢٤ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٢٢٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٣٩٧ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٨٩ من المجلة على ان « البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو ... » .

ونصت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران على ان « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » . أنظر كذلك المواد ٣٢١ – ٣٢٦ و ٣٤٩ – ٣٥١ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٥٣)

لا يعتبر الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى بسيط .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٣٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١٢ و ١٣ .

(مادة ٢٥٤)

لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط . على انه يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدر النص . واستبدلت عبارة « لا يقوم الالتزام » بعبارة « فلا يكون نافذا » ، لأن التعبير المختار هو التعبير الصحيح . وحذفت منها الاشارة الى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهرى أو الاختيارى ، لأن هذا مستفاد سواء من الحكم الوارد فى صدر النص أو من الحكم الوارد فى نهايته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٢٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٨٨ من التقنين العراقى التى تنص على أن « العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ الا اذا تحقق الشرط » .

وتقابل المادة ٣٩٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لاينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد الا اذا تحقق الشرط » .

انظر فى الفقه الاسلامى مادة ٢/٣١٧ من مرشد الحيران التى تنص على أن « المعلق يتأخر انعقاده سببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » .

(مادة ٢٥٥)

١ – يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزما برد ما اخذه ، فاذا استحال الرد لسبب يرجع اليه وجب عليه التعويض .

٢ – على أن اعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٩ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٩٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٥٦)

١ – اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

٢ – ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعى اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتى .

الفرع الثانى

الأجل

(مادة ٢٥٧)

١ – يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه او انقضاؤه مترتبا على امر مستقبل محقق الوقوع .

٢ – ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧١ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقى التى تنص على انه «يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد او انقضاؤه» .

وتقابل المادة ٤٠٢ من مشروع التقنين الأردنى التى تنص على انه « يجوز اضافة التصرف الى اجل تترتب عليه حلول احكام نفاذه او انقضائه » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣٢٠ ، ٣٢٧ ، و ٣٢٨ و ٣٥١ من مرشد الحيران و م ١٥٦ و ١٥٧ و ٢٤٨ من المجلة .

(مادة ٢٥٨)

١ – اذا كان الالتزام مضافا الى اجل واقف ، فانه لا يكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الاجل . على انه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتامين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول .

٢ – ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ انتهاء الالتزام ، دون ان يكون لهذا الانتهاء اثر رجعى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى توخيا للدقة .

وتطابق المادتين ٣٣٠ و ٣٣٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٩٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – العقد المضاف الى أجل واقف ينعقد سببا فى الحال ولكن يتأخر وقت وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه .

٢ – والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذا فى الحال ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣٢٠ من مرشد الحيران » .

(مادة ٢٥٩)

١ – يفترض فى الأجل انه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقد او من نص القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا .

٢ – واذا تمحض الأجل لمصلحة احد الطرفين ، جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة .

هذه المادة مستحدثه .

وهى تطابق المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكن حذفت هذه الاخيرة فى لجنة المراجعة لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادىء العامة .

وتطابق المادة ٢٩٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تطابق فى حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « اذا كان الأجل لمصلحة أى من الطرفين فله أن يتنازل عنه بارادته المنفردة » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٢١٢ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٦٠)

اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

وخيار التعيين فى الفقه الاسلامى ، وهو الذى يقابل التخيير فى الالتزام التخييرى ، لا يجوز ان يقع على اكثر من اشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التى يتم فيها الخيار على خلاف فى الراى ، ويكون الخيار اما للمشترى أو للبائع حسب الشرط (راجع المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ٥٥ · البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ · فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص ١٣١ · عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط ج٣ ص١٤١ و ١٤٢ هامش ١) ·

وانظر ايضا م ٣١٦ من المجلة وم ٤١٠ من مرشد الحيران ·

والظاهر ان نقل الملكية فى خيار التعيين فى الفقه الاسلامى يستند الى الماضى فى حالة ما اذا كان الخيار للمشترى اى للدائن (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٦١ – ٢٦٢ · عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ص ١٦٥ هامش ١) .

(مادة ٢٦٣)

١ – اذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن ان يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين الشئ ·

٢ – أما اذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين ·

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ايثارا للتعبير الذى يستعمله الفقه الاسلامى ، واستبدال كلمة « الشئ » فى نهاية الفقرة الأولى بعبارة « محل الالتزام » ·

وتقابل المادة ٢٩٩ من التقنين العراقى التى تنص على مايأتى :

« ١ – يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار .

٢ – فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام. أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين » ·

وتقابل المادة ٤٠٨ من التقنين الأردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ – يجب فى التصرف التخييرى تحديد مدة الاختيار ·

٢ – فاذا لم يحدد المتعاقدان مدة فى العقد او انقضت المدة المحددة لاحدهما دون ان يختار جاز للطرف الآخر ان يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار او محل التصرف » ·

وتقابل المادة ٣٣٧ من التقنين الكويتى التى تنص على مايأتى :

« ١ – يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار، فاذا اطلق الخيار بدون مدة ، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب اى من الطرفين ·

٢ – واذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار الى المدين » ·

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣١٨ من المجلة ·

(مادة ٢٦٤)

ينتقل خيار التعيين الى الوارث ·

هذه المادة مستحدثة ·

وهى تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين العراقى ·

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الاردنى ·

وتطابق المادة ٣٣٩ من التقنين الكويتى ·

وما تقضى به المادة المقترحة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ·

وحكمها مقرر فى الفقه الاسلامى (أنظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ و ٢٦٢ · م ٣١٩ من المجلة و م ٤١٤ من مرشد الحيران) ·

(مادة ٢٦٥)

١ – اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحد الأشياء التى اشتمل عليها العقد ، تركز اختيار المدين فى الأشياء الباقية · واذا هلكت الاشياء جميعها بسبب أجنبى انقضى الالتزام ·

٢ – واذا هلكت الأشياء جميعها ، وكان المدين مسئولا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق باحد هذه الاشياء ، كان ملزما بان يدفع قيمة آخر شئ هلك ·

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة ·

والفقرة الثانية منها تطابق فى حكمها المادة ٢٧٧من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزما بان يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه » ·

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣٠١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان خيار التعيين المدين وهلك احد الشيئين فى يده كان له ان يلزم الدائن بالثانى ، فان هلكا معا انفسخ العقد ·

واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين فيكون ملزما ان يدفع قيمة آخر شيء هلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين فى يده كان له أن يلزم الدائن بالشيء الثانى ، فان هلكا جميعا انقضى الالتزام .

٢ – واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشيئين كان ملزما أن يدفع قيمة آخر شيء هلك » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤١٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشيئين فى يده كان له أن يلزم الدائن بالثانى وان هلكا معا بطل العقد .

٢ – فاذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو بالنسبة الى احد هذه الأشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ماهلك منها » .

انظر فى احكام الهلاك فى خيار التعيين فى الفقه الاسلامى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ فى الهامش . الحطاب ج٤ ص٤٢٥ . م٤١١ – ٤١٣ من مرشد الحيران .

الفرع الثانى

الالتزام البدلى

(مادة ٢٦٦)

١ – يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل العقد الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا آخر .

٢ – والأصل ، لا البديل ، هو وحده المعقود عليه وهو الذى يحدد طبيعة الالتزام .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ – والشيء الذى يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بادائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٠٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٤١١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٥٣ من المجلة .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الواردة فى المادة المقترحة مراعاة لان الملك ينتقل بالعقد ، وليس تنفيذا لالتزام يقع على عاتق المدين .

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

الفرع الأول

التضامن

(مادة ٢٦٧)

التضامن بين الدائنين او بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادتين ٣١٥ و ٣٢٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادتين ٤١٢ و ٤٢٦ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الكويتى .

أنظر فى الفقه الاسلامى : المبسوط ج ١١ ص ١٧٤ – ١٧٧ و ج ٣٠ص ١٧٤ – ١٨٠ . البدائع ج٦ ص٤١ – ٥١ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٦ .

(مادة ٢٦٨)

١ – يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين او منفردين ، مطالبة المدين بكل الدين ، ويراعى فى ذلك مايلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من آثر الدين .

٢ – ولا يجوز للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب باوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط فى الفقرة الأولى ، حيث استبدلت عبارة « بكل الدين » بلفظ « بالوفاء » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٦ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤١٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الكويتى .

ويعرف الفقه الاسلامى نظام التضامن ، سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة اموال او شركة اعمال او شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئا عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن اذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض اذا أغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان اذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء دائنون متضامنون

بالأجر المستحق. وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، واذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصصهم دائما متساوية فى شركة المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة . فكل شريك وكيل عن الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان على تضامنهم كمدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

(انظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقه الاسلامى : شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ – ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ فى الهامش) .

(مادة ٢٦٩)

١ – يجوز للمدين ان يوفى الدين لأى من الدائنين المتضامنين ، الا اذا انذره دائن آخر بان يمتنع عن ذلك .

٢ – ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثته احد الدائنين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٠ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى التى تقول : « اذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين ان يوفى الدين لأى منهم ، الا اذا مانع احدهم فى ذلك » .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣١٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتى .

ويتضح مما تقدم ذكره ان حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مقرر فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٢٧٠)

١ – اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن .

٢ – واذا اتى احد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين ، ولا ينفذ هذا العمل فى حقهم .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

٢ – ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الاخرين » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، مع الابقاء على حكمها .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٤١٤ من التقنين الأردنى .

أنظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ٦ ص ٧٠ و ٧٢ و ٧٤ و ٧٦وم ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ – ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧١)

كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ، ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه .

٢ – وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك » .

وتطابق المادة ٣١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الكويتى .

أنظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ٦ ص ٥٩ و ٦١ . م ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ – ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧٢)

١ – يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين.

٢ – ولايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٥ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢١ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الكويتى .

وكما راينا فيما تقدم فان الفقة الاسلامى يعرف نظام التضامن سواء بين الدائنين او بين المدينين .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة . ولو نشا الدين من غير اعمال التجارة ، مادام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان اذا كانت شركة اعمال ، فيكون الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل . وهم ايضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق فى حالة هلاك الشىء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوبا لخطأ احدهم دون الأخرين . وهناك أيضا تضامن اتفاقى بين المدنيين . فأذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحد وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضا كانوا جميعا مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقيا او قانونيا (فى شركتى المفاوضة والعنان) . يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فاحكام الكفالة هى التى تسرى ، ويجوز للدائن ان يرجع على اى مدين بكل الدين بصفته اصيلا عن نفسه وكفيلا للمدينين الأخرين ، وكذلك يجوز لأى مدين ان يفى الدائن الدين كله بصفته اصيلا وكفيلا . واذا وفى احد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الاخرين ككفيل اذا كانت الكفالة بامرهم ؛ وله ان يرجع على كل منهم بحصته ، كما له ان يرجع على اى منهم بحصته وبنصيبه فى حصص الاخرين ثم يرجعان معا بالباقى على سائر المدينين .

ويتبين من هذا ان الكفالة هى التى جعلت أساسا للتضامن السلبى فى الفقه الاسلامى .

(أنظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقة الاسلامى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ ـ ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ فى الهامش .

وانظر كذلك : مطج ٢٠ ص ٢٨ و ٣٤ . البدائع ج٦ ص ١٠ . المبسو ١٩٠ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٧٣)

اذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢٨٤ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء أحدهم الدين مبرىء لذمة الباقين » .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على انه «اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا او بمقابل او بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » .

وتقابل المادة ٣٤٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا او بمقابل براءة ذمته وبراءة باقى المدينين .

٢ ـ واذا برئت ذمة احد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فانه يبرأ معه المدينون الآخرون الا اذا رضوا بالحوالة » .

(مادة ٢٧٤)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٧٥)

لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين .

هذه المادة تطابق ٢٨٧ من التقنين الحالى ، مع استبدال لفظ « يحتج » بلفظ « يتمسك » .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها ما تقضى به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردنى .

(مادة ٢٧٦)

اذا اتحدت الذمة بين الدائن واحد مدينية المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة الى باقى المدينين الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها ما تقضى به المادة ٤٣٠ من التقنين الاردنى .
انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ٦ ص ١٤

(مادة ٢٧٧)

١ ـ اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ ـ فاذا لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٥١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٢٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ، ولا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فاذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبراه » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٣٠ و ٤٢١ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٤٣٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين فى الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الابراء فان الدين لاينقضى بالنسبة لباقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين » .

والمادة ٤٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقى المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقى بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه الا اذا احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

أنظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ١ ص ١١ وج ٦ ص ١١

(مادة ٢٧٨)

اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الكويتى .

أنظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج١ ص ١١ و ج٦ ص ١١ .

(مادة ٢٧٩)

١ - فى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء أكان الابراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٨٦ .

٢ - على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبراه من كل المسئولية عن الدين ، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادة ٤٢٣ من التقنين الاردنى .

أنظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج١ ص١١ و ج٦ ص١١ .

(مادة ٢٨٠)

١ - اذا امتنع سماع الدعوى بسبب التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين .

٢ - واذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو وقف سريانها بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى اقتضاه استعمال تعبير « عدم سماع الدعوى بسبب التقادم » بدلا من « انقضاء الدين بالتقادم » .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين العراقى .

تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨١)

١ - لايكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله .

٢ - واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين . أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٢)

اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من التقنين الحالى .

وتطابق الماده ٣٣١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٣)

١ ـ اذا اقر احد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين .

٢ـ واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين .

٣ ـ واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى احد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدنيين الآخرين يستفدون من ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٤)

١ ـ اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين .

٢ ـ اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم ، فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٥)

١ ـ اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له ان يرجع على اى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢ ـ وينقسم الدين اذا وفاه احد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة أولى وثانية من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٣٤ فقرة اولى من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الجزء الأول من المادة ٤٣٩ من التقنين الاردنى .

(مادة ٢٨٦)

اذا أعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٤ فقرة ثانية من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الجزء الاخير من المادة ٤٣٩ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة ثالثة من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقة الاسلامى : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨ . البدائع ج ٦ ص١٤ و ١٥ .

(مادة ٢٨٧)

اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله نحو الباقين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المدة ٣٣٥ فقرة ثانية من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقة الاسلامى : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨ . البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

الفرع الثانى

عدم القابلية للانقسام

(مادة ٢٨٨)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) اذا ورد على محل لايقبل بطبيعته ان ينقسم .

(ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما ، او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٤١ من التقنين الاردنى التى تنص على انه «لا يقبل التصرف التجزئة اذا ورد على محل تاباه طبيعية او تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها» .

(مادة ٢٨٩)

١ ـ اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن او وارث أن يطالب باداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض احد الدائنين او الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ايداع الشىء محل الالتزام .

٢ ـ ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٠)

١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الكويتى .

الباب الرابع
انتقال الالتـزام

انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامى :

يعرف الفقه الاسلامى الحوالة . وهو يفرق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وفى كل من الحوالتين يوجد دائن ومدين وأجنبى محال علية ، وهذا الأجنبى هو الذى يتركز فية التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فاذا كان هذا الأجنبى المحال علية مدينا للمدين او كان فى يده له وديعة أو عين مغصوبة ، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى ، فهده هى الحوالة المقيدة . وهى أقرب الى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعا ، على خلاف بينهما فى الصياغة القانونية .

اما اذا كان الأجنبى غير مدين للمدين ، او كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . فاذا تصورنا أن المدين يريدأن يحيل دينه على الأجنبى ، كانت هذه حوالة للدين بالمعنى الدقيق ، وهذه لا يسلم بها الفقه الاسلامى ، خلافا لما يقال عادة . فهى عنده اقرب الى أن تكون كفالة أو تجديدا ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا ان الكفالة فى الفقه الاسلامى هى الأصل فى التضامن ، وهى هنا أيضا الأصل فى الحوالة . واذا تصورنا كذلك فى الحوالة المطلقة ان الدائن هو الذى يريد ان يحيل حقه للأجنبى ، كانت هذه حوالة للحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق ايضا لايسلم بها الفقه الاسلامى بوجه عام . خلافا لما يقال عادة . ذلك ان الحنفية والشافعية والحنابلة لايسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وحوالة الدين فى الفقه الاسلامى تدخل فى منطقة الوفاء بالدين لافى منطقة بيعه أو انتقاله (انظر فى هذا المعنى ابن القيم نقلا عن ابن تيميه فى أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٤١) .

ويخلص من هذا ان الفقه الاسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى الدقيق المعروف فى فقه القانون الوضعى . فهى فى الفقه الاسلامى اما تجديد او كفالة فى المذهب الحنفى ، وهى تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن فى المذاهب الأخرى .

واقر الفقه الاسلامى حوالة الحق بشروط معينة فى احد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى .

ويعتمد الفقه الاسلامى فى مشروعية الحوالة على حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « مطل الغنى ظلم ، واذا أتبع احدكم على ملىء فليتبع » .

(انظر فى هذا الموضوع : البدائع ج ٦ ص ١ ـ ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٣ ـ ٤٥٢ . الزيلعى ج ٤ ص ١٧١ ـ ١٧٥ . الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٥ ـ ٣٠٦ . ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤٦ ـ ٤٥٩ . بداية المجتهد ج٢ ص ٢٥٠ ـ ٢٥٢ . الخرشى ج ٦ ص ١٦ ـ ٢١ . الحطاب ج٥ ص ٩٠ ـ ٩٦ . القوانين الفقهية لابن جزى ٢٢٧ . المهذب ج ١ ص ٣٣٨ و ٣٣٩ . المغنى ج ٤ ص ٥٢١ ـ ٥٣٤ . صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ج ٢ ص ٣٤١ ـ ٣٥٦ . عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ ـ ٤٣٧) .

وانظر : م ٦٧٣ ـ ٧٠٠ من المجلة وم ٨٥٩ ـ ٨٩١ من مرشد الحيران .

وانظر كذلك : م ٩٩٣ ـ ١٠١٧ من التقنين الأردنى .

الفصـل الاول
حوالة الحـق

(مادة ٢٩١)

١ ـ يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين .

٢ – واذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها ان يعجل العوض. واذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، وجب أن يكون مساويا له .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين الكويتى ، مع اختلاف لفظى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٢٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٣ و ١١٤ .

الفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة .

وبمقتضاها اذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الامام مالك . حيث يجب أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو بيع الدين بالدين (الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٥) .

واذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، فيشترط لذلك ان يكون العوض مساويا للحق . فاذا اشترى المشترى الدين بثمن من جنسه اقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

والمذهب المالكى ، دون المذاهب الثلاثة الاخرى ، الحنفى والشافعى والحنبلى ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهى حوالة حق عن طريق التبرع ، مايشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين الى غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي الى جانب ذلك شروطا أخرى هى :

(١) الا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز . (٢) الا يكون الدين طعاما فى ذمة المدين ، لان بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) الا يكون الثمن من جنس الدين ، اذ المشترى يشترى الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخلة الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) الا يكون المشترى خصما للمدين ، والا كان فى هذا اعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر فى ذلك : المدونة الكبرى للامام مالك ج٩ ص١٢٨ – ١٣٠ . التساودى على التحفة ج٢ ص ٤٧ . السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ .

وانظر المادة ٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك (الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٧ . مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٦٨) .

وقد اعتمد المشروع من هذه الشروط الشرطين الواردين فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٢٩٢)

لا تجوز حوالة الحق الا بقدر مايكون منه قابلا للحجز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٢٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١١٣ و ١١٤.

(مادة ٢٩٣)

لاتكون الحوالة نافذه فى حق المدين أو فى حق الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها فى حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة « فى حق » بلفظ « قبل » .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٣٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ ص ١١٦ .

(مادة ٢٩٤)

يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل اليه .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٥)

ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعة وضماناته . وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من أقساط .

هذه المادة تقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ان « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد واقساط » .

وقد عدل النص التقنين الحالى على نحو يتضح منه كل ما تشمله الحوالة . كما حذف منه لفظ « فوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٦٥ من التقنين العراقى التى تنص على انه « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط ».

وتقابل المادة ٣٦٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وتاميناته » .

(مادة ٢٩٦)

يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق ، وماهو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه .

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق المادة ٤٣٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى حذفت فى لجنة المراجعة .

وتطابق المادة ٣٦٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٧)

للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، ان يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٦ من التقنين العراقى التى تنص على ان « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له، عند صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، أن يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٧٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ،ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة به فى مواجهة المحال له » .

(مادة ٢٩٨)

١ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ اما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٦٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧١ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٩)

١ ـ لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

٢ ـ واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٩ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٧٢ من التقنين الكويتى التى تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٣٠٠)

اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذه من المحال له مع المصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد عدلت صياغة نص التقنين الحالى بما يجعل الحكم أوضح كما حذف منه لفظ « الفوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

ويلاحظ ان وضع حد اقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته . وقد قصد به قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بابخس الاثمان ، ثم يشترطون لانفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم اذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم .

والمادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادة ٣٧٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تذكر الفوائد ضمن ما يلزم المحيل برده كما هو الحكم فى نص التقنين الحالى .

(مادة ٣٠١)

يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان .

هذه المادة تطابق المادة ٣١١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط

وتطابق فى حكمها المادة ٣٧١ من التقنين العراقى التى تنص على ان « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٧٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ١ - يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض . ٢ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بغير ذلك » .

(مادة ٣٠٢)

اذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٧٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٠٣)

١ - اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفى هذه الحالة اذا وقع حجز آخر بعد ان اصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على ان يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٦ من التقنين الكويتى .

الفصل الثانى

حوالة الدين

(مادة ٣٠٤)

تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٥ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١/٣٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على أن « حوالة الدين هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ٩٩٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ان : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ١/٣٧٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحال عليه » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران على أنه « اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٧٣ من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » .

(أنظر رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٨٨) .

(مادة ٣٠٥)

١ - تنعقد الحوالة التى تتم بين المدين الأصلى والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن .

٢ - واذا قام المدين الاصلى أو المحال عليه باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له اجلا معقولا لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون ان يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا اقرها .

٢ - واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار ، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وقد ادخل على هذه المادة الواردة فى التقنين الحالى التعديلان الآتيان :

أولا - عدلت صياغة الفقرة الاولى بحيث تصبح الحوالة موقوفة على قبول الدائن .

ثانيا - استبدل فى الفقرة الثانية لفظ « القبول » بلفظ « الاقرار » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين العراقى مع اختلاف لفظى .

وتقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الكويتى التى تطابق نص التقنين الحالى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٩٩٦/٢ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٨٣ من المجلة على ان «الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له وهذا يطابق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة .

(انظر فتح القدير ج٦ ص ٣٤٧ . الكاسانى ج٦ ص١٦ . وقارن : منصور بن ادريس ، كشاف القناع ج٢ ص١٨٧) .

(وانظر عرضا لرأى الحنفية والحنابلة فى هذا الموضوع فى مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص ١٤٠ و ١٤١) .

(مادة ٣٠٦)

١ - اذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ - على انه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « قبولا » بلفظ « اقرارا » فى الفقرة الأولى ، واجراء تعديل لفظى فى صياغة هذه الفقرة .

(مادة ٣٠٧)

يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت قبول الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال لفظ « قبول » بلفظ « اقرار » .

وتقابل المادة ٣٦٩ من التقنين العراقى التى تنص على انه :

« اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١٠١١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وفى الفقه الاسلامى يعتبر حكم النص المقترح تطبيقا للقاعدة التى تنص عليها المادة ١١ من المجلة ، حيث تقول : « الاصل اضافة الحادث الى اقرب أوقاته » .

(مادة ٣٠٨)

يجوز كذلك أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٢١ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « كذلك » بكلمة « أيضا » .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة فتقول « وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ » . وهى تشير بذلك الى أن الدين فى هذه الصورة الثانية للحوالة ينتقل بضماناته وما يتصل به من دفوع ، كما هو الشأن فى الصورة الاولى للحوالة . وقد حذفت هذه الفقرة بعد نقل المادة المقترحة الى موضع متقدم ياتى قبل النص على الضمانات والدفوع ، بحيث يتضح من سياق المواد ان انتقال الدين بضماناته ودفوعه يصدق على كل من صورتى الحوالة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١٥٧و١٥٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولكن اذا لم يقرها المدين الاصلى فلا يكون للمحال عليه حق فى الرجوع عليه طبقا لأحكام حوالة الدين » .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالاداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلى الا اذا اقر المدين الحوالة» .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٨١ من المجلة على انه « يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما » . ومؤدى هذا ان الحوالة يصح ان تنعقد بمعزل عن المدين الأصلى ، لان تحمل الدين عنه يتمحص لمنفعته (ابن عابدين ، رد المحتار ج ٦ ص ٣٢٢) .

(مادة ٣٠٩)

١ ـ تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ ـ ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٨ من التقنين الحالى .
وتطابق المادة ١٠٠٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها ما تقضى به المادة ٣٨١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته .

٢ ـ ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان او شخصيا ملتزما قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٤٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

«١ ـ تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين . فاذا احال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو احال المشترى البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن فى الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع . اما اذا أحال المرتهن غريما له على الراهن فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة .

٢ ـ على ان من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضى الكفيل بالحوالة .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران على أنه : « اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله أن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٩٠ من المجلة على ان « حكم الحوالة هو ان يبرأ المحيل من الدين ، وكفيله من الكفالة ان كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا احال المرتهن احدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه » .

ويتضح من هذا أن الكفيل عند الحنفية يبرأ بمجرد قبول الدائن للحوالة .

ولكن الرأى عند محمد ان الدائن يستبقى حقه فى حبس الرهن المقدم من المدين نفسه (انظر مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضرية ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣) .

(مادة ٣١٠)

المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان المدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين . كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على ان « للمحال عليه ان يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى ان يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٤٩ من التقنين العراقى التى تنص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو » . وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى فقرته الأولى (م ٤٥٣) ، ويتفق فى الحكم مع نص التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٠٠٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٧٥ من مرشد الحيران على أن « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل » . وترتب المادة على ذلك بأن الدين يحتفظ فى كنف المحال عليه بمشخصاته . كما لو كان حالا او مؤجلا . ومؤدى هذه القاعدة من الناحية المنطقية جواز تمسك المدين الجديد بالدفوع قبل الدائن (انظر مذكرة المشروع للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٥ . وانظر كذلك المادة ١٠٠٣ من التقنين الأردنى) .

(مادة ٣١١)

١ ـ لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشترى الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك.

٢ ـ فاذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها او يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة اشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون ان يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الحالى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٥٦) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ص١٦١ـ١٦٤ .

الباب الخامس
انقضاء الالتزام

الفصل الأول
الوفاء

الفرع الأول
طرفا الوفاء

(مادة ٣١٢)

١ – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء .

٢ – ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة فى الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته . على أنه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ – وفى جميع الأحوال فانه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يصح الوفاء من المدين او من نائبه او من اى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ – ويصح الوفاء ايضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين او رغم ارادته ، على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض » .

وقد رؤى فى المادة المقترحة اضافة فقرة ثالثة تتضمن التحفظ المشار اليه فى نص التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣٧٥ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٩١ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على انه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » . ونصت المادة ١٩٧ على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير امره » .

(مادة ٣١٣)

١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى به ، وأن يكون أهلا للتصرف فيه .

٢ – ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا اذا لم يلحق الوفاء ضررا به .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى به ، وان يكون ذا أهلية للتصرف فيه » .

« ١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى فيه ينقضى به الالتزام ، اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات فى الصياغة واللفظ على النحو الوارد فى النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٣٧٦ و ٣٧٧ و ٣٧٨ من التقنين العراقى .

فالمادة ٣٧٦ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبينة واخذه صاحبه أو هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

والمادة ٣٧٧ تنص على انه « اذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذى عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣٧٨ تنص على انه « لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه فى مرض موته اذا أدى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » .

ويلاحظ ان المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادتين ٣٧٦ و ٣٧٧ من هـذا التقنين .

وتقابل المادتين ٣١٨ و ٣١٩ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٣١٨ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكا لما وفى به واذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذى عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣١٩ تنص على انه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين اذا كان المدين محجورا للدين ووفى من المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

ويلاحظ ان المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من هذا التقنين .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران على انه « اذا كان المديون صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه ودفع الدين الذى عليه صح دفعه وبرئت ذمته » .

ونصت المادة ٢٢١ على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبينة واخذه صاحبه أو هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

ويتضح من هذا ان المادة المقترحة تتفق فى أحكامها مع احكام الفقه الاسلامى .

(مادة ٣١٤)

اذا وفى المدين دين بعض الدائنين وهو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فادى الوفاء بالدين الى الاضرار ببقية الدائنين ، فان الوفاء لا ينفذ فى حق هؤلاء الباقين .

هذه المـادة مستحدثة .

وهى تقضى بان الوفاء الذى يصدر من المدين المعسر فى مرض موته لبعض دائنه لا ينفذ فى حق الباقين منهم لما يؤدى اليه من الاضرار بهم . فيكون لهؤلاء ان يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ، ويقسم بين جميع الدائنين قسمة الغرماء .

وهى تعتبر تطبيقا لما يقرره الفقه الاسلامى فى تصرفات المريض مرض المـوت .

وهى تطابق فى حكمها المادة ٣٧٨ من التقنين العراقى التى تنص على انه « لا يصح للمدين ان يوفى دين احد غرمائه فى مرض موته اذا أدى هذا الوفاء الى الأضرار ببقية الدائنين » .

وتطابق فى حكمها ما جاء فى المادة ٣١٩ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « لا ينفذ الوفـاء لبعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين اذا كان المـدين محجوزا للدين ووفى من المـال المحجوز او مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

(مادة ٣١٥)

١ ـ اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعـه .

٢ ـ ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصـل الوفاء بغير ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا او بعضا ، اذا اثبت أن له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٥ من التقنين الأردنى مع اختلاف لفظى بسيط فى الفقرة الثانية .

انظر فى الفقه الاسلامى المـادتين ١٩٨ و ٢٠٥ من مرشد الحيران .

(مادة ٣١٦)

اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحـوال الآتية :

(ا) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه .

(ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تامين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تامين .

(ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضـمان حقوقهم .

(د) اذا كان هناك نص خاص يقرر الموفى حق الحلول .

وتطابق المـادة ٣٧٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٣٩٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٧)

للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين ان يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المـدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط ان يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الامر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المـادة ٣٩٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٨)

يجوز ايضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض ان المال قد خصـص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المـال الذى اقرضه الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة تشترط ان يكون الحلول بورقة رسمية ، كما كان عليه الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المـادة ٣٩٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٩)

من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تامينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى اداه من حل محل الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٨١ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٣٩٦ من التقنين الكويتى

(مادة ٣٢٠)

١ ـ اذا وفى غير المدين الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ واذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٩٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٢١)

اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٢٢)

يكون الوفاء للدائن او لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على ان الوفاء يكون للدائن شخصيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٠ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٨٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يلى :

« ١ - يصح دفع الدين للدائن او وكيله ان كان غير محجور فان كان محجورا فلا يصح دفع الدين للدائن بل يدفع لمن له حق قبضه من ولى او وصى اوقيم .

٢ - فاذا دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل اذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فللولى او الوصى او القيم مطالبة المدين بالدين » . ويلاحظ ان هذه الاحكام تتفق مع احكام التقنين المصرى . انظر كذلك المادة ٣٢١ من التقنين الاردنى .

وانظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٢١٧ و ٢١٨ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٢٣)

اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء او عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نيه لشخص كان هو الدائن الظاهر

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارة « هو الدائن الظاهر » فى نهاية النص بعبارة « الدين فى حيازته » ، لان الحيازة لاترد على الحق الشخصى ، وانما يتعلق الأمر بمظهر يتوفر لشخص على غير الحقيقة ، حيث يظهر امام الناس على انه الدائن ويحسبه الناس كذلك ، كما هى الحال بالنسبة الى الوارث الظاهر .

فاذا تم الوفاء بحسن نية لهذا الدائن الظاهر ، كان الموفى معذورا فى اعتقاده أنه يفى بالدين للدائن الحقيقى فى ضوء الاعتقاد بين الناس ، ومن ثم يكون هذا الوفاء مبرئا لذمة المدين ، ويبقى من حق الدائن الحقيقى ان يرجع على الدائن الظاهر وفقا للقواعد العامة .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٨٤ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم بحسن نيه لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر » .

وتطابق المادة ٤٠٠ من التقنين الكويتى ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشير الى الدائن الظاهر بعبارة « لشخص ظاهر بمظهر الدائن » .

(مادة ٣٢٤)

اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، او رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، او اعلن انه لن يقبل الوفاء ، اعتبر انه قد تم اعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٣٨٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا او اذا رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها او اذا اعلن انه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين ان ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها فى الانذار .

٢ - ولا يتم اعذار الدائن الا اذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وانذره بهذا الايداع » .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفض القيام بالاعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، أعزر اليه المدين باعلان وحدد له مدة مناسبة يلتزم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه » .

وتطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو اعلن أنه يرفض الوفاء ، كان للمدين ان ينذره مسجلا عليه هذا الرفض » .

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامى يراجع ما جاء عن المادة التالية .

(مادة ٣٢٥)

اذا تم اعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، واصبح للمدين الحق فى ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الحالى بعد أن حذفت من هذه الأخيرة عبارة « ووقف سريان الفوائد » تمشيا مع تحريم الربا .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « يترتب على أعذار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام فى ضمان الدائن اذا كان من قبل فى ضمان المدين وان يصبح للمدين الحق فى ايداعه على نفقة الدائن وفى ضمان ما اصابه من ضرر » .

وتطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « فاذا تم الانذار تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه واصبح للمدين الحق فى ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتض » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « وفى هذه الحالة (أى الايداع) تكون نفقات الايداع على الدائن وهو الذى يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الايداع ومن هذا الوقت ايضا يقف سريان الفوائد » .

ولم يرد فى الفقة الاسلامى تنظيم مفصل على النحو المذكور فى المادتين ٣٢٤ ، ٣٢٥ من المشروع فى حالة رفض الدائن قبول الوفاء ، وانما ورد فى مرشد الحيران نص عام هو نص المادة ٢٠٩ التى تقضى بأنه «اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمة فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر الى الحاكم ليأمره بقبضة » .

(مادة ٣٢٦)

اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب ان يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى ايداعه . فاذا كان هذا الشيء عقارا او شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ان يطلب وضعه تحت الحراسة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الاردنى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان محل الوفاء عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الايداع » .

(مادة ٣٢٧)

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع اليها التلف ، او التى تكلف نفقات باهظة فى ايداعها او حراستها ، وان يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف فى الاسواق او كان التعامل فيه متداولا فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد الا اذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من التقنين الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « واذا كان الشيء يسرع اليه التلف او يكلف نفقات باهظة فى ايداعه فانه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة او دون استئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف فى الأسواق فان تعذر ذلك فبالمزاد العلنى ويقوم ايداع الثمن مقام ايداع الشيء نفسه » .

وتقابل المادة ٣٢٥ من التقنين الاردنى التى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقى المذكورة .

ويتفق حكم التقنين العراقى والتقنين الاردنى مع حكم النص المقترح، فيما عدا ان هذين التقنينين يبيحان عند الضرورة عدم استئذان القضاء فى بيع الشيء .

(مادة ٣٢٨)

يكون الايداع او ما يقوم مقامة من اجراء جائزا كذلك ، اذا كان المدين يجهل شخصيه الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٨٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٠٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٢٩)

يقوم العرض الحقيقى بالنسبة الى المدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى اجراء مماثل . وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته .

هذه المادة تطابق الماده ٣٣٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على أن « يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته » .

(مادة ٣٣٠)

١ - اذا عرض المدين الدين واتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل، جاز له ان يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - اما اذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون لهذا الدائن ان يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تامينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط فى الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٣٨٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٠٤ من التقنين الكويتى .

الفرع الثانى

محل الوفاء

(مادة ٣٣١)

يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلا ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا عنه دون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساويا فى القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة اعلى .

٢ ـ اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين فى العقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٩٠ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردنى المذكورة .

ويضيف التقنين العراقى فى المادة ٣٩١ ان « رب الدين اذا ظفر غرضا بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته فله الاحتفاظ به » . وهذه المادة مأخوذة من الفقه الاسلامى . وهى لا تتعارض مع القواعد العامة .

أنظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٠٨ و ٢٢٢ من مرشد الحيران .

وكذلك رد المحتار على الدرج ٣ ص ٢٧٦ و ٢٧٧ .

(مادة ٣٣٢)

١ ـ لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ ـ واذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن ان يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق فى حكمها المادة ٣٩٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان الدين حالا فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على الحكم الوارد فى الفقرة الاولى .

(مادة ٣٣٣)

اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير فى الوفاء ، وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، استنزل ما أدى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما اداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما ادى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من اصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

وقد حذف من هذا النص لفظ « الفوائد » واستبدلت به عبارة « تعويضات عن التأخير فى الوفاء » تمشيا مع تحريم الربا ، واتساقا مع ما تقضى به المادة ٢٣٦ من المشروع التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب التأخير » . كما ادخلت بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٠٧ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٣١ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين اية نفقات وكان ما اداه لا يفى بالدين مع تلك النفقات حسم ما أدى من حساب النفقات ثم من اصل الدين هذا ما لم يتفق على غيره » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ من التقنين العراقى التى تطابق نص التقنين الحالى .

(مادة ٣٣٤)

اذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى او اتفاقى يحول دون هذا التعيين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٠٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٩٣/١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا دفع المدين أحد دينين واجبين فى ذمته وكان أحدهما مطلقا والآخر مشمولا بكفالة أو برهن أو كان أحدهما قرضا والآخر ثمن مبيع أو كان احدهما مشتركا والآخر خالصا او كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان فى وجهة الدين يعتبر قول المدين فى تعيين جهة الدفع » . وحكم هذا النص يتفق فى مجموعه مع حكم التقنين الحالى .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٥)

اذالم يعين الدين علىالوجه المبين فى المادة السابقة ،كان الاستنزال من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٦)

١ ــ يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ ــ على انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التاجيل ضرر جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤١٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٥ من التقنين العراقى .

فالمادة ٣٩٤ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ ــ اذا اجل الدين او قسط الى اقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول اجله .

٢ ــ فاذا لم يكن الدين مؤجلا او حل أجله وجب دفعه فورا . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص فى القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ ــ اذا كان الدين مؤجلا فللمدين ان يدفعه قبل حلول الأجل اذا كان الأجل متمحضا لمصلحته ويجبر الدائن على القبول .

٢ ــ فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان » .

وهذه المادة الأخيرة تطابقها المادة ٣٣٥ من التقنين الأردنى ،وكذلك المادة ٤١١ من التقنين الكويتى . وما ورد فى هذه المواد الثلاثة من احكام يتفق مع احكام التقنين المصرى .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢١٢ و ٢١٣ و٢١٥ من مرشد الحيران.

(مادة ٣٣٧)

١ ــ اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

٢ ــ اما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، او فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤١٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٩٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان الشىء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشىء فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت العقد .

٢ ــ وفى الالتزامات الأخرى يكون الوفاء فى موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه محل اعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك » .

كما نصت المادة ٣٩٧ من التقنين العراقى على انه «اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك فى يد الرسول قبل وصوله هلك من من مال المدين . وان امر الدائن المدين بأن يدفع الدين الى رسول فدفعه اليه وهلك فى يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » .

واحكام هذه المادة تتفق مع القواعد العامة .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد من ٢٨٥ الى ٢٨٧ من المجلة ، والمادة ٢٢٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٨)

تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤١٣ من التقنين الكويتى .

انظر الفقه الاسلامى المواد من ٢٨٨ الى ٢٩٢ من المجلة .

(مادة ٣٣٩)

١ ـ لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فاذا وفى الدين كله كان له ان يطلب رد سند الدين او الغاءه ، فان كان السند قد ضاع كان له ان يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند .

٢ ـ فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق ايداعا قضائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٣٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه ، فاذا رفض الدائن ذلك جاز للمدين أن يودع الدين المستحق ايداعا قضائيا » .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفرع الاول

الوفاء بمقابل

(مادة ٣٤٠)

اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئا آخر أو حقا يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشرائط العقد العامة » . وهذا النص يدخل في نطاق الوفاء بمقابل التجديد بتغيير محل الدين ، لأنه لا يجعل المقابل قاصرا على نقل ملكية شيء ، بل يجيز كذلك أن يكون هذا المقابل التزاما .

(مادة ٣٤١)

يسري على الوفاء بمقابل ، من حيث انه ينقل ملكية شيء اعطى في مقابلة الدين ، احكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥١ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « من حيث أنه ينقل ملكية شيء » بعبارة « فيما اذا كان ينقل ملكية شيء » لأن العبارة الأولى أدق في الدلالة على المعنى ، اذ ان المقابل في هذا الوفاء يكون دائما نقل ملكية شيء . وقد وردت هذه العبارة في نص المشروع التمهيدي لهذا التقنين .

وتطابق المادة ٤٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ تسري احكام البيع على الوفاء الاعتياضي اذا كان مقابل الوفاء شيئا معينة عوضا عن الدين . ٢ ـ وتسري عليه احكام الوفاء في قضاء الدين » .

الفرع الثاني

التجديد والانابة

(مادة ٣٤٢)

يتجدد الالتزام :

اولا ـ بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله او في مصدره .

ثانيا ـ بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا مكان المدين الاصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلي دون حاجة لرضائه ، او اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

ثالثا ـ بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي تنص المادة ٢٥٠ من مرشد الحيران على أنه :

« يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين » .

(مادة ٣٤٣)

١ ـ لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من اسباب البطلان .

٢ ـ أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « عقد موقوف » بعبارة « عقد قابل للابطال » جريا على خطة المشروع حيث اخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ٤١٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٤)

١ ـ التجديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، أو ان يستخلص بوضوح من الظروف .

٢ ـ وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الازمان الوفاء او مكانه او كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو سعر الفائدة » التى وردت بعد كلمة « التأمينات » ، تمشيا مع تحريم الربا .

والفقرة الأولى منها تطابق فى حكمها المادة ٤١٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٥)

لا يكون جديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره . على انه اذا كان الالتزام مكفولا بتامين خاص ، فان هذا التامين يبقى ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الحالى .

(مادة ٣٤٦)

١ ـ يترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ ـ ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التامينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون ، أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ من التقنين العراقى .

(مادة ٣٤٧)

١ ـ اذا كان هناك تامينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى ، فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية :

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال التامينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) اذا كان التجديد بتغير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التامينات دون حاجة الى رضاء المدين القديم .

(جـ) اذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التامينات .

٢ ـ ولا يكون الاتفاق على نقل التامينات نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل أو القيد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « أو القيد » فى نهايتها ، لكى يكون الشهر وفقا لقانون تنظيم الشهر العقارى أو قانون السجل العينى بحسب الاحوال .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٨)

لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت او شخصية ، ولا التضامن ، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢١ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٩)

١ ـ تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

٢ ـ ولا تقتضى الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٠٥ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢٢ من التقنين الكويتى .

والانابة تفترض اشخاصا ثلاثة : (١) المنيب وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبى ليفى الدين الى الدائن . (٢) المناب وهو هذا الشخص الأجنبى الذى ينيبه المدين ليفى الى الدائن . (٣) المناب لديه وهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبى لديه ليفى له الدين .

والانابة اما كاملة أو قاصرة .

فاذا تضمنت الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت كاملة ، وفيها تبرا ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . ويتحقق ذلك اذا كان المنيب مدينا للمناب لديه ، ولم يكن المناب مدينا للمنيب أو كان مدينا له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بان يقبل المناب ان يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب .

وقد تنطوى الانابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن، اذا كان المناب مدينا المنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب .

وهذه الانابة الكاملة التى تتضمن تجديدا بتغيير المدين وتجديدا بتغيير الدائن هى التى ترد اليها الحوالة فى الفقه الاسلامى فى مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة (انظر عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠) .

واذا لم تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت انابة قاصرة ، وفيها لا تبرا ذمة المنيب نحو المناب لديه ، فيبقى المنيب مدينا للمناب لديه الى جانب المناب ، ويصير للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد. وهذه الانابة هى التى يغلب وقوعها فى العمل .

(مادة ٣٥٠)

١ - اذا اتفق المتعاقدون فى الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرا ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

٢ - ولا يفترض التجديد فى الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

وتتفق مع المادة ٤٢٣ من التقنين الكويتى ، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

(مادة ٣٥١)

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا او كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولايبقى للمناب الا الحق الرجوع على المنيب . وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٠٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الكويتى

الفرع الثالث

المقاصة

(مادة ٣٥٢)

١ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع ، مستحق الاداء ، صالحا للمطالبة به قضاء .

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتاجل ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « يتاجل » فى الفقرة الثانية بكلمة « يتاخر » ، مراعاة للدقة فى التعبير .

وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤٠٨ من هذا التقنين تنص على ان«المقاصة هى اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة ٤٠٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

١ - المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضى المتداينين .

٢ - ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك فى المقاصة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين فى الوصف أو مؤجلين احدهما حالا والآخر مؤجلا او احدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى المتداينين سواء اتحد سببهما او اختلف .

وتطابق فى حكمها المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ من التقنين الاردنى . فالمادة ٣٤٣ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة ايفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة ٣٤٤ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة اما جبرية وتقع بقوة القانون او اختيارية تتم باتفاق الطرفين او قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة ٣٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط فى المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنا ومدينا للآخر وأن يتماثل الدينان جنسا ووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا والا يضر اجراؤها بحقوق الغير » .

وفى الفقه الاسلامى تجرى المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران بما يطابق المادة ٤٠٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران فى حكمها المادة ٤٠٩/١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادد ٢٢٦ من مرشد الحيران المادة ٤٠٩/٢ من التقنين العراقى .

ويتضح من هذا ان نصوص المشروع والتقنين الكويتى والتقنين العراقى والتقنين الأردنى متفقة فى احكامها .

والمقاصة اما قانونية تقع بحكم القانون ، أو اختيارية تتم بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا ، او قضائية تتم بحكم القاضى . وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية . وهى التى عنى المشروع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » . أما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسرى فى شانهما القواعد العامة . وهذا هو النهج الذى سار عليه التقنين الحالى .

(مادة ٣٥٣)

يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٢٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٥٤)

تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

(أ) اذا كان احد الدينين رد شىء نزع دون حق من يد مالكه .

(ب) اذا كان أحد الدينين رد شىء مودع أو معار .

(ج) اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تقع المقاصة فى الديون ايا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من مالكه وكان مطلوبا رده .

(ب) اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا او معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

(ج) اذا كان احد الدينين حقا غير قابل للحجز » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة توخيا للدقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٤١٠ و ٤١١ و ٤١٢ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤١٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان للمودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها ، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضى » .

والمادة ٤١١ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أتلف الدائن عينا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا ، وان كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما » .

والمادة ٤١٢ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصا من غير رضاهما . وان كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى الدائن المكفول له ، مع الكفيل لامع المدين » . وحكم هذه المادة يخالف التقنين الحالى والمشروع فى المقاصة القانونية التى تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به ؛ لأن هذين الدينين غير متقابلين ، فاحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل اذا طالبه الدائن ان يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن ، اذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان الا من وقت التمسك بالمقاصة .

وتقابل المادتين ٣٤٨ و ٣٤٩ من التقنين الأردنى .

فالمادة ٣٤٨ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١٠ من التقنين العراقى .

والمادة ٣٤٩ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى ، فان المادتين ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الحيران تتفقان فى احكامها مع الفقرتين أ و ب من المادة المقترحة ، ومع المادة ٤١٠ من التقنين العراقى ، ومع المادة ٣٤٨ من التقنين الاردنى ، ومع الفقرتين أ و ب من المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وكذلك فان المادة ٢٣٠ من مرشد الحيران تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى ، والمادة ٣٤٩ من التقنين الأردنى . والتعويض عن التلف فى حكم هذه المواد يجرى عليه حكم القواعد العامة .

(مادة ٣٥٥)

١ - لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ - ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤١٣ من التقنين العراقى التى تنص على ان « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها » .

وتقابل المادة ٣٥٠ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢٧٧ من مرشد الحيران على أنه « انما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، فان كان لأحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات تقاصا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقى منها » .

(مادة ٣٥٦)

اذا كان الدين قد مضت عليه مدة عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بعدم سماع الدعوى ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى لمرور الزمان » بلفظ « التقادم » وفقا لماجرى عليه الفقه الاسلامى .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٥١ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع القواعد العامة فى الفقه الاسلامى ، حيث ان الاصل فى الديون الا تسقط بمضى الزمن : ومؤدى هذا الأصل هنا وجود دين مستوف لشروط المقاصة على المدين .

(مادة ٣٥٧)

١ - لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير .

٢ - فاذا اوقع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم اصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز أن يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الكويتى .

وقد نصت المادة ٣٤٥ من التقنين الاردنى على ان من شروط المقاصة « الا يضر اجراؤها بحقوق الغير » .

(مادة ٣٥٨)

١ - اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من ان يتمسك بالمقاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٧ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تضيف فى نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهى العبارة التى كان يتضمنها نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكن حذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لأن فى القواعد العامة ما يغنى عنها ، حيث أنه بعد اعلان الحوالة ينتقل الدين فلا يكون هناك محل للمقاصة (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالى ج ٣ ص ٢٨٧) .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الكويتى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة تضيف فى نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهى العبارة ذكر الآن فى خصوص النص العراقى ان هذه العبارة تغنى عنها القواعد العامة .

وماجاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا آخر للقاعدة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، وهى التى تقضى بأنه لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير .

والفقرة الأولى من هذه المادة وكذلك المادة السابقة ، تعتبران تطبيقا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأن يؤخذ فى الاعتبار تعلق حق الغير بالدين .

(مادة ٣٥٩)

اذا وفى المدين دينا وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز له ان يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تضيف فى نهايتها عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » ، وهى العبارة التى كان يتضمنها نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ،

ولكن حذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لانه مادام المدين يجهل وجود الحق الذى يتمسك بالمقاصة به فان هذا الجهل فى حد ذاته عذر مقبول . وبذلك اكتفى بثبوت الجهل وترك أمر اثباته الى القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية التقنين الحالى ج٣ ص ٢٩٠) .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الاردنى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تضيف فى نهايتها عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الكويتى .

الفرع الرابع

اتحاد الذمة

(مادة ٣٦٠)

اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٨ من التقنين العراقى .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٥٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق فى الغالب عن طريق الميراث .

فاذا ورث المدين الدائن ، كانت التركة هى الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذى للتركة ، فتتحد الذمة فى الدين ، لان الحقوق التى للتركة تنتقل الى الورثة .

واذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هى المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث ، فتتحد الذمة أيضا فى الدين ، لان ديون التركة تنتقل الى الوارث بقدر ما آل اليه من أموال التركة . وقد ذهب رأى الى أن مبدأ « لاتركة الا بعد سداد الديون » يحول دون أن تتحد الذمة فى الدين فى هذه الحالة ، وذلك بحجة ان الدائن لا يرث الدين الذى على التركة ، اذ الديون لا تورث طبقا لهذا المبدا ، ومن ثم لابد من سداد الدين أولا ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقى منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضى الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٩١) . غير أنه يلاحظ على هذا الرأى أن أموال التركة تنتقل الى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وانما يكون التزام الوارث بديون التركة فى حدود ما آل اليه من اموالها . ومن ثم فان اتحاد الذمة يتحقق بقدر الاقل من الدين الذى للوارث والأموال التى آلت اليه بالميراث . والذى يعنيه مبدأ « لاتركة الا بعد سداد الديون » ان اموال التركة لا تخلص للوارث خلوصا تاما الا بعد سداد الديون . فهذا هو المعنى الصحيح للآية الكريمة التى تقول : « من بعد وصيته يوصى بها أو دين » .

أنظر فى الفقة الاسلامى : محمد أبو زهرة ، احكام التركات ص ١٧ وما بعدها .

(مادة ٣٦١)

اذا زال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله اثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشان جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٥٤ من التقنين الأردنى .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

وعدم سماع الدعوى به

الفرع الاول

الابراء

(مادة ٣٦٢)

ينقضى الالتزام اذا ابرا الدائن مدينه مختارا ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧١ من التقنين الحالى .

وتقابل المادتين ٤٢٠ و٤٢٢ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤٢٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرا الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « ١ — لايتوقف الابراء على قبول المدين، لكن اذا رده قبل القبول ارتد . وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ — ويصح ابراء الميت من دينه » .

وتقابل المادتين ٤٤٤و٤٤٥ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٤٤٤ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرا الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة ٤٤٥ من هذا التقنين تنص على انه « لايتوقف الأبراء على قبول المدين الا أنه يرتد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة ٩٣٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — ينقضى الالتزام اذا أبرا الدائن مدينه ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده .

٢ — ويترتب على الرد اعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تامينات ، وما يرد عليه من دفوع » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣٢٤ من مرشد الحيران على أن « من ابرأ شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه وسقط عن المبرأ ذلك الحق » .

ونصت المادة ٢٣٩ على أنه « لا يتوقف الابراء على قبول المدين ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد ، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

ونصت المادة ٢٤٠ على انه « يشترط لصحة البراءة رضاء رب الدين، فان اكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين » .

كذلك نصت المادة ١٥٦٢ من المجلة على انه « اذا ابرا أحد آخر من حق فيسقط حقه وليس له دعوى ذلك الحق » . ونصت المادة ١٥٦٨ على انه « لا يتوقف الابراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد .. » .

ويتضح من هذا ان حكم النص المقترح ماخوذ من الفقه الاسلامى ، شانه فى ذلك شان النصوص المقابلة فى التقنينات العربية المذكورة (انظر . الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٠ . رد المحتار ج ٤ ص ٧١٧ الزيلعى ج٤ص ١٩٨) .

(مادة ٣٦٣)

١ ـ تسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع .

٢ ـ ولايشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤٢١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرىء أهلا للتبرع » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٥٤١ من المجلة على انه « لايصح ابراء الصبى والمجنون والمعنوه مطلقا » . ونصت المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران على انه « يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرىء عاقلا بالغا اهلا للتبرع » .

ونصت المادة ١٥٧٠ من المجلة على انه « اذا ابرا المريض الذى فى مرض موته احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا واما لو ابرا من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة ١٥٧١ على انه « اذا ابرا من تركته مستغرقة بالديون فى مرض موته احد مديونيه فلا يصح ابراؤه ولاينفذ » .

واحكام الفقه الاسلامى هذه تعنى ما يقضى به النص المقترح من سريان احكام التبرع على الابراء .

الفرع الثانى
استحالة التنفيذ

(مادة ٣٦٤)

ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لايد له فيه .

هذا المادة تطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الكويتى .

انظر فى هذا المعنى فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ من مرشد الحيران . وراجع المادتين ٢٩٣ و ٦٠١ من المجلة .

الفرع الثالث
عدم سماع الدعوى لمرور الزمان

نظرة عامة :

ياخذ التقنين الحالى بمبدا سقوط الحق الشخصى بالتقادم . ولكن المشروع ياخذ بمبدا عدم سماع الدعوى الذى تقره الشريعة الاسلامية. فثمة قاعدة اساسية فى هذه الشريعة تستند الى الحديث الشريف ، الذى يقول : « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . وبناء على ذلك نصت المجلة على ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . وانه اذا اقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م ١٦٧٤ من المجلة) . (انظر الأشباه لابن‌نجيم ص ٨٨) . وبهذا اخذت جميع المذاهب الفقهية .

الا ان المذهبين المالكى والحنفى ، وان كانا قد اقرا عدم سقوط الحق بالتقادم ، الا انهما اقرا من جهة اخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضى مدة معينة .

ففى المذهب المالكى اذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا انه دفع الدين فانه يصدق بدون بينة ولاتسمع دعوى المدعى . وحجتهم فى ذلك ان اثبات الدفع بعد هذه المدة قد لايكون ميسورا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم. كما ان تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن اقرارا بعدم احقيته فى هذه المطالبة .

اما الحنفية فقد اقاموا رايهم على الاستحسان لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا الى أن طاعة ولى الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، والى أن ولاية القضاء مستمدة منه وانها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان (م ١٨٠٠ و ١٨٠١ من المجلة) .

ومفاد هذا ان المذهبين المالكى والحنفى قد اقرا مبدا عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبنيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا وقرينة الايفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود او موتهم او غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدرها آخرون بستة وثلاثين « الا ان الخلفاء العثمانيين رأوا أن هذه المدة طويلة ، وانها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا راوا ان تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التى تضمنتها نصوص المجلة.

ويلاحظ بهذه المناسبة ان مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسى ينتقد طول هذه المدة . كما ان مدة التقادم فى القوانين الاجنبية الاخرى اقصر من ذلك ، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة ، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة ، وبعضها يحددها بعشر سنوات .

من اجل ذلك استبقى المشروع مدة التقادم فى التقنين الحالى ، واعتبر ان القاعدة العامة فى مدة عدم سماع الدعوى ان تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسرى بالنسبة الى كل التزام لم ينص القانون فى خصوصه على مدة اخرى . وقد روعى فى تحديدها انها المدة التى ياخذ بها الفقه الاسلامى فى المجلة وفى مرشد الحيران . وفى مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن . وقد الفها الناس منذ زمن بعيد .

(مادة ٣٦٥)

لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى ، فيما عدا الحالات التى وردت فيها احكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٤ من التقنين الحالى التى تنص على ان « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية» .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى انه ياخذ بمبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدا سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٤٢٩ من التقنين العراقى التى تنص على ان « الدعوى بالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٤٩ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « لا ينقضى الحق بمرور الزمان ولكن لاتسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمسة عشرة سنة بدون عذر شرعى مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتى التى تنص على انه « لا تسمع عند الانكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التى تعين فيها القانون مدة اخرى والاحوال المنصوص عليها فى المواد التالية » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على انه : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة فى حضور الحاكم بأنه للمدعى عنده حق فى الحال فى دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذى ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على انه « لا تسمع دعوى الدين . . . بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

ونصت المادة ١٦٦٣ من المجلة على ان « المعتبر فى هذا الباب يعنى مرور الزمان المانع من استماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر . . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٩ من المجلة على انه « اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى فى حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضا » .

ونصت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران على ان « دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة . . . . » .

ونصت المادة ٢٥٩ من مرشد الحيران على انه « كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته » .

ويتضح مما تقدم أن النص المقترح يتفق فى حكمه مع حكم الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص .

(مادة ٣٦٦)

١ — لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دورى متجدد ، كاجرة المبانى والاراضى الزراعية والمرتبات والمعاشات، بعد تركهاخمس سنوات بقير عذر شرعى .

٢ — ولا تسمع الدعوى على المنكر بالريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية او الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو اقر به المدين كأجرة المبانى والاراضى الزراعية ، ومقابل الحكر ، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢ — ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى انه ياخذ بمبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدا سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى .

ويخالف كذلك فى أنه يربط بين عدم سماع الدعوى وانكار المدين بالحق فى هذه الحالة ، بحيث اذا اقر المدين بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان . وذلك اتفاقا مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى جميع الحالات التى لا تسمع فيها الدعوى (م ١٦٧٤ من المجلة وم ٢٥٦ من مرشد الحيران) . اذ ان هذا هو الذى يتسق مع فكرة عدم سماع الدعوى ، على اعتبار أن مرور الزمن ليس الا مانعا من المطالبة بالحق دون ان يكون سببا لسقوطه او انقضائه مادام الوفاء به لم يتم ، الامر الذى يجعل اقرار المدين بالحق مؤديا الى الحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمن .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للتقنين الحالى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وانما يرجع فى أساسه الى أن المدين يفرض فيه اداء الديون الدورية المتجددة من ايراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لافضى ذلك الى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد اقراره بوجوب الدين فى ذمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٣٠٥) .

ويلاحظ على هذا القول ان اقرار المدين بالدين الواجب عليه يعنى ان الوفاء لم يتم ، وبالتالى فان ذمته ما تزال مشغولة بالدين ، وانه يريد أن يبرىء ذمته بهذا الاقرار ، مما لا يسوغ معه ان نتيح له وسيلة للتخلص من الدين رغم عدم الوفاء به . واذا اردنا ان نأخذ هذا الاقرار على وجهه الصحيح فانه فى اغلب حالاته يعتبر نزولا عن التمسك بعدم سماع الدعوى . واذا كان من المسلم أن المدين حين يتمسك بالتقادم رغم عدم الوفاء يتخلف فى ذمته التزام طبيعى يقع الوفاء به صحيحا ، فكيف نتجاهل اقراره بالدين الواجب فى ذمته . وفوق كل هذا فان اعطاء المدين الحق فى التمسك بعد سماع الدعوى رغم اقراره بالدين ، ينافى القاعدة الأساسية فى الشريعة الاسلامية التى جاءت فى الحديث الشريف : « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . فعدم سماع الدعوى ليس الا أستثناء يؤخذ به عند الانكار بعد مضى مدة معينة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٤٣٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤٣٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ كل حق دورى متجدد كالاجرة والفوائد والرواتب والايرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس سنوات .

٢ ــ اما الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية والريع الواجب على متولى الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة » .

وتقابل المادة ٤٥٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ لا تسمع دعوى المطالبة بأى حق دورى متجدد كأجرة المبانى والأراضى الزراعية والمرتبات والمعاشات بانقضاء خمس سنوات على تركها بغير عذر شرعى .

٢ ــ اما الريع المستحق فى ذمة المشرف او المتولى على الوقف او فى ذمة الحائز سيىء النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعى مدة خمس عشرة سنة » .

(مادة ٣٦٧)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى ، اذا كانت بحق من حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والاساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من اعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تتقادم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل من اعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية : (١) يأخذ النص المقترح بمبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدا سقوط الحق او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى . (٢) عمم النص المقترح الحكم فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى . (٣) أدخل النص المقترح بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الكويتى .

وتطابق البند ١ من المادة ٤٥١ من التقنين الاردنى .

وتقابل البند الأول (أ) من المادة ٤٣١ من التقنين العراقى والبنود الاخرى ، حيث تنص على ما يأتى : « ١ ــ لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة فى الحقوق الآتية :

أ ــ حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وماتكبدوه من مصروفات .

٢ ــ ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال أو اشغال او توريدات .

٣ ــ ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين أو أوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ ــ لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

وتختلف أحكام التقنين العراقى عن احكام النص المقترح من الوجهين الآتيين :

(١) مدة التقادم فى التقنين العراقى سنة واحدة كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، وذلك بدلا من خمس سنوات فى النص المقترح وفى التقنين الحالى .

(٢) أوجب التقنين العراقى على المدين ان يحلف يمينا على أن ذمته مشغولة بالدين ؛ كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

اما ان التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتى النص عليه ما فى مادة لاحقة .

(مادة ٣٦٨)

١ - لاتسمع على المنكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى . وتبدأ هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شانها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قوانين خاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ؛ وفى الرسوم المستحقة عن الاوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذة الاوراق؛ او من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريانالتقادم من يوم دفعها.

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة » .

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين :

(١) ياخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه الذى ياخذ به التقنين الحالى .

(٢) مدة عدم سماع الدعوى فى النص المقترح خمس سنوات ، وذلك بدلا من التقادم بثلاث سنوات فى التقنين الحالى . اذ الغالب فى القوانين الخاصة بالضرائب أن يكون سقوط الضريبة بانقضاء خمس سنوات .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى : « ١ - لاتسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات . ويبدا سريان هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق فيها وفى الرسوم المستحقة عن الاوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شانها هذه الأوراق او من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم اذا كانت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدا سريان المدة فى هذه الحالة من يوم أخطار الممول بالتسوية النهائية لتلك الضرائب والرسوم ».

وتقابل البند ٢ من المادة ٤٥١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « لا تسمع الدعوى عند الانكار وعدم قيام العذر الشرعى اذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية : ٢ - ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم اذا دفعت بغير حق دون الاخلال بالأحكام الواردة فى القوانين الخاصة » .

(مادة ٣٦٩)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعى سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية : -

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعاموكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ويجب على من يتمسك بان الحق قد تقادم بسنة ان يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ، ان كانوا قصرا ، بأنهم لايعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين : (١) ياخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ؛ وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه الذى ياخذ به التقنين الحالى .

(٢) لم ياخذ النص المقترح بفكرة يمين الاستيثاق التى يوجهها القاضى الى المدين أو ورثته او أوصيائهم ، لان تحليف اليمين يفترض معه سماع الدعوى والحال انها لا تسمع عند الانكار وانقضاء المدة المقررة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٢ من التقنين الاردنى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تجعل المدة سنتين .

وتقابل البند الأول ب و ج من المادة ٤٣١ من التقنين العراقى والبنود الاخرى ، حيث تنص على ما يأتى : —

« ١ — لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة فى الحقوق الآتية : ب — حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لايتجرون فى هذه الاشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ج — حقوق العملة والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ — ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال او اشغال او توريدات .

٣ — ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او اوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ — لكن اذا تحرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويختلف النص العراقى عن النص المقترح فى أنه يوجب على المدين ان يحلف يمينا على ان ذمته مشغولة بالدين كما هى الحال فى التقنين الحالى .

اما ان التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وان تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتى النص عليهما فى مادة لاحقة .

وتقابل المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — لا تسمع عند الانكار الدعوى بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق خدم المنازل ومن فى حكمهم .

٢ — ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى فى الاحوال السابقة ان يحلف اليمين بأنه أدى الدين فعلا ، فان كان وارثا للمدين أو نائبا قانونيا عنه او عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بوفائه وتوجه المحكمة هذه من اليمين من تلقاء نفسها» .

(مادة ٣٧٠)

١ — تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٦٧ و ٣٦٩ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى .

٢ — واذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦، ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات اخرى .

٢ — واذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقوم به الفقه الاسلامى بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق البندين ٢ و ٤ من المادة ٤٣١ من التقنين العراقى وقد تقدم ذكرها .

وتطابق المادة ٤٥٣ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٧١)

١ — تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص خاص ، من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

٢ — فبالنسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة الى دين مؤجل تبدأ المدة من وقت انقضاء الأجل ، وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق تبدأ المدة من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق .

٣ — واذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبدأ المدة من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء .

٢ — وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط . وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة الى الدين المؤجل الا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل .

٣ — واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

ويخالفه كذلك فيما ادخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين العراقى .

والفقرتان الأولى والثالثة منها تطابقان فى الحكم المـادة ٤٤٥ من التقنين الكويتى ، مع بعض الأختلافات اللفظية .

وتطابق فى حكمها المـادة ٤٥٤ من التقنين الأردنى ، مع اغفال هذه الاخيرة الدين المؤجل .

انظر فى الفقه الاسلامى المـادة ١٦٦٧ من المجلة . والمـادة ٢٥٨ من مرشد الحيران ، حيث تتفق احكامهما مع ما جاء فى الفقرتين الأولى والثانية من النص المقترح .

(مادة ٣٧٢)

تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها .

هذه المادة تقابل المـادة ٣٨٠ من التقنين الحـالى التى تنص على ما يأتى : « تحسب مدة التقادم بالايام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى أنه يشير الى مبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

ويخالفه كذلك فيما أدخل عليه من تعديلات لفظية .

والمـادة المقترحة تطابق المـادة ٤٤٤ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالأيام . ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها الا اذا كان عطلة رسمية فانه يمتد الى اليوم التالى » .

وتطابق فى حكمها المـادة ٤٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى . « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادى وتكون بالايام لا بالساعات » .

(مادة ٣٧٣)

ولا تسمع الدعوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعده مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماعها .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يجوز فى حساب المدة المقررة لعدم سـماع الدعوى ان تضم المدة التى ترك السلف الدعوى خلالها الى المدة التى ترك الخلف الدعوى خلالها . بحيث لا تسمع الدعوى اذا كان مجموع هاتين المدتين يبلغ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

وهى تطابق المـادة ٤٣٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٤٥٥ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٠ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا ترك المورث الدعوى مدة ، وتركها الوارث أيضا مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع » .

(مادة ٣٧٤)

تقف المـدة المقررة لعدم سـماع الدعوى كلما وجد عـذر شرعى يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، ولو كان هذا العذر من قبيل المـانع الادبى الذى يحول دون المطالبة بالحق ، أو كان راجعا الى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان . وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب .

هذه المـادة تقابل المادة ٣٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعـذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

٢ ـ ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب او فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » .

وتخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجوه :

١ ـ يشـير النص المقترح الى مبدا عدم سـماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من نظام التقادم الذى يأخذ به التقنين الحـالى .

٢ ـ أضيف الى المانع الادبى من المطالبة كعذر شرعى حصة شارع فى التقنين الحالى ، بنص ، ان يكون العذر راجعا الى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان وهذه الاضافة مأخوذة من الفقه الاسلامى ، ولها ما يبررها

فقد جاء فى الحطاب : فلو كان هناك مانع يمنعه فى الكلام ، فان حقه لا يبطل ، وفسر أبن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر فيكون المراد بالمانع فى كلامه الخوف اى خوف المدعى من الذى فى يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذى سلطان (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٢) .

ونصت المـادة ١٦٦٣ من المجلة على أن « اذا كان الرجل مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمن لايكون مانعا لاستماع الدعوى واما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زمان التغلب » .

٣ ـ لا يفرق النص المقترح بين مـدة وأخرى من المـدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى من لا تتوافر فيه الاهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية اذا لم يكن لاحدهم نائب يمثله قانونا ، حيث يتوفر العـذر الشرعى الـذى يقف المـدة ايا كان مقـدارهـا مادام ان ليس هناك نائب يمثل من لا تتوافر فيه الاهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جناية .

بينما يذهب التقنين الحالى الى انه اذا لم تزد المدة على خمس سنوات فان العذر الشرعى الذى يؤدى الى وقفها لا يعتبر متوافرا حتى ولو لم يكن لأى من هؤلاء نائب يمثله قانونا . والحجة فى ذلك أن مدد التقادم التى لاتزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يسـتوى عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد ، والغائب بالحاضر ، والمحكوم عليه بمن لم يحكم عليه . فالحقوق الدورية

المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء وعدم ارهاق المدين . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء تتقادم بسنة واحدة ، والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء .

ويلاحظ على هذا النظر ما تقدم ذكره من ان القاعدة الأساسية فى الشريعة الاسلامية أن الحق لا يسقط أو ينقضى بمرور الزمن ، طال هذا الزمن أو قصر ، وذلك استنادا الى الحديث الشريف الذى يقول : « لايبطل حق امرىء مسلم وأن قدم » ومن ثم كان عدم سماع الدعوى استثناء لايؤخذ به الا اذا توفر شرطاه ، وهما وجود العذر الشرعى الذى تتعذر معه المطالبة بالحق ، وترك الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها . ويقابل ذلك ان توافر هذين الشرطين يتحتم معه منع سماع الدعوى متى تمسك به المدين ، دون نظر الى الاعتبارات الأخرى التى تساق لتبرير التقادم . ولا شك فى أن عدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جناية يعتبر عذرا شرعيا يحول دون امكان المطالبة بالحق ، سواء كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى خمس سنوات او اقل او أكثر من ذلك . فالعذر الشرعى والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى امران متلازمان . ولهذا اغفل النص المقترح حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ من التقنين الحالى .

وغنى عن البيان ان العُذر الشرعى هو قيام المانع الذى يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، وانما آثر المشروع ان يستعمل فى هذا المقام تعبير « العذر الشرعى » الذى جرت به اقلام الفقهاء المسلمين لبلاغته فى الايجاز والدلالة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادتين ٤٣٥و٤٣٦ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤٣٥ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « ١ — تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعى ، كان يكون المدعى صغيرا او محجورا وليس له ولى او غائبا فى بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى ان يطالب بحقه .

٢ — والمدة التى تمضى مع قيام العذر لا تعتبر » .

والمادة ٤٣٦ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقى الورثة عذر شرعى تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٥٧ ، ٤٥٨ من التقنين الأردنى .

فالمادة ٤٥٧ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعى يتعذر معه المطالبة بالحق . ٢ — ولا تحسب مدة قيام العذر فى المدة المقررة » .

والمادة ٤٥٨ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوى بغير عذر شرعى وكان للبعض الآخر عذر شرعى تسمع دعوى هؤلاء بقدر انصبتهم » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٤٦ و ٤٤٧ من التقنين الكويتى .

فالمادة ٤٤٦ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ — لاتسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، كما انها لاتسرى كذلك فيما بين الاصيل والنائب .

٢ — ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية فى الدائن او غيبته او الحكم عليه بعقوبة جناية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » .

والمادة ٤٤٧ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى بعض ورثة الدائن ، فان المدة لاتوقف بالنسبة الى بقية الورثة » .

وفى الفقه الاسلامى كذلك انظر المواد ١٥٧ و ٢٥٦ و ٢٦١ من مرشدالحيران .

(مادة ٣٧٥)

تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبية ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقة فى تفليس أو فى توزيع وباى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا انها تتضمن تعبير « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بدلا من كلمة « التقادم » الواردة فى نص التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٣٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فان طالب الدائن غريمه فى المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها .

٢ — وكالمطالبة القضائية الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى أحدى الدعاوى » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٦٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما ياتى : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية او باى اجراء قضائى يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى انظر المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٧٦)

١ — تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا .

٢ — ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له مرهونا رهنا حيازيا تامينا لوفاء الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بكلمة (التقادم) الواردة فى نص التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « اقرار المدين بالحق صراحة او دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى » .

وتقابل المـادة ٤٥٣ من التقنين الكويتى التى تنص على مـا يأتى :

« ١ – تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا ٢ – ويعتبر اقـرارا ضمنيا ترك المدين ماله تحت يد الدائن اذا كان المـال مرهونا رهنا حيازيا تامينا لوفاء الدين ، أو كان الدائن قـد حبسه بناء على حقه فى الامتناع عن رده الى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملا بالمـادة ٣١٨ » .

وفى الفقـه الاسـلامى : انظر المـادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشـد الحيران ، وهما تتضمنان اقرارا ضمنيا بحق واضع اليد فى دعوى الملـك .

(مادة ٣٧٧)

١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سـماع الدعوى بدأت مـدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ – على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، او انقطعت المدة باقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة .

هذه المـادة تقابل المـادة ٣٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ١ – اذا انقطع التقادم بدا تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول .

٢ – على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى او اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، الا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء الا بعد صدور الحكم » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية :

١ – يشير النص المقترح الى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدلا من نظام التقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

٢ – يقضى النص المقترح بأنه اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى باقرار المدين ، فان المدة الجديدة تصبح خمس عشرة سنة ، ولو كانت المدة الاولى اقل من ذلك ، بحيث يسرى هذا الحكم على جميع المـدد التى تقل عن خمس عشرة سـنة ، دون تفرقه بين دين وآخـر .

بينمـا يقصر التقنين الحالى هذا الحكم على الـديون التى تتقـادم بسنة واحدة . مع أنه لا مبرر للتفرقة فى هذا الصدد بين حقوق أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سـنوات وحقوق التجار والصناع واصـحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء التى تتقادم بسنة واحدة . اذ يقوم التقادم فى كلا الفريقين على قرينة الوفاء . والواقع أن هذه التفرقة لم تكن مقصودة فى الفقرة الثانية من المـادة ٣٨٥ من التقنين الحالى . حيث يرجع ذلك الى أن المـادة المقابلة للمـادة ٣٧٦ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى كانت تنص على تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بسـنة واحدة ، فكانت تدخل فى الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة الى خمس عشرة سنة لصدور اقرار بها من المدين . ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت الى خمس سنوات لم يلاحظ ادخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل فى نص الفقرة الثانية من المـادة ٣٨٥ . لا سـيما وان هذا لا يتسق مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المـادة ٣٧٩ من أنه اذا حرر سند بالدين بحق من الحقوق التى تدخل فى اى من الفريقين المذكورين ، فان مدة التقادم ترتفع الى خمس عشرة سنة . حيث أن تحرير سند بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات اقرار المدين بالدين .

وقد راعى المشروع فى هذا التعديل ان قرينة الوفاء هى الاعتبار الأساسى الذى يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوى بالنسبة الى الديون التى تتقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، سواء كانت هذه المدة خمس سنوات او سنة واحدة . وذلك نظرا الى طبيعة هذه الديون التى لا يؤلف ان يسكت عنها اصحابها مدة طويلة . فاذا انقطعت المدة باقرار المدين انتفت هذه القرينة ، واصبح الدين فى عداد الديون العادية التى لا تسمع الدعوى فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة . فكما تنتفى قرينة الوفاء فى حالة الحكم بالدين ، فانها تنتفى كذلك فى حالة انقطاع المدة بالاقرار . وكما ان الحكم يقوى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء ، فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فكذلك الحال بالنسبة الى الاقرار ، فلا يمتنع سماع الدعوى بالدين المقر به الا بانقضـاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الاقرار . حيث تزول عن الدين صفته الاولى ، فتسرى فى شأنه مدة عدم سماع الدعوى فى الأصل ، وهى خمس عشرة سنة . وبذلك يغدو هذا الحكم متسقا مع ما تقرره المادة ٢/٣٧٠ من المشروع من انه اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

٣ – أغفل النص المقترح ما ورد فى نص التقنين الحالى من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لاتستحق الاداء الا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، وذلك نظرا الى ان هذا ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة الى النص عليه .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٤٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمـدة الاولى .

٢ – على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة الثبات أو اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت باقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة » .

وتقابل المـادة ٤٦١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سـماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ – ولا يسقط الحق مهما كان نوعه اذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن . » .

وتتفق مع المادة ٤٥٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى · ٢ - ومع ذلك فان المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة فى الأحوال الآتية :

« ١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى ·

٢ - اذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره ·

ب) اذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقا للمادة ٤٤٠ او بمرور سنة واحدة وفقا للمادة ٤٤٢ وانقطعت المدة باقرار المدين ·

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الحيران ؛ وهما تتضمنان اقرارا ضمنيا بحق واضع اليد فى دعوى الملك ، الأمر الذى يحول دون سماع الدعوى رغم عدم مضى خمس عشرة سنة ·

(مادة ٣٧٨)

لا ينقضى الحق بمرور الزمان · فاذا اقر المدين بالحق أمام القضاء أخذ باقراره · واذا أنكر المدين الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف فى ذمته التزام طبيعى ·

هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام · ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » ·

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجهين :

(١) يقرر النص المقترح أن الحق لا ينقضى بمرور الزمان · وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى ينص على انقضاء الالتزام بالتقادم ·

(٢) يقضى النص المقترح بانه اذا اقر المدين بالحق امام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن · وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى يخول المدين الحق فى ان يتمسك بالتقادم رغم اقراره بالدين ، وذلك بالنسبة الى الحقوق الدورية المتجددة ·

ذلك ان النص المقترح يبدأ بتقرير القاعدة الاساسية التى تأخذ بها الشريعة الاسلامية والتى تستند الى الحديث الشريف الذى يقول: « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » · تلك القاعدة التى نصت عليها المجلة ، فقضت بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان (م ١٦٧٤ مجلة) ·

ويترتب على هذه القاعدة الأساسية نتيجتان هامتان وردتا فى النص المقترح ·

الأولى ، انه اذا اقر المدين بالحق امام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن · وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على هذه النتيجة · حيث أنه بالاقرار تنتفى قرينة الوفاء التى يقوم عليها عدم سماع الدعوى ، كما تنتفى الاعتبارات الاخرى التى تبرر عدم السماع ·

والثانية ، انه اذا انكر المدين رغم عدم الوفاء فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف فى ذمته التزام طبيعى · حيث تظل ذمة المدين مشغولة بالدين · الأمر الذى ينافى ما يقرره التقنين الحالى من ان الالتزام ينقضى بالتقادم · فاذا قام المدين بالوفاء بعد تمسكه بعدم سماع الدعوى وقع وفاؤه صحيحا ، ولو لم يكن عن بينة · بمعنى انه لا يستطيع أن يسترد ما اداه ، ولو كان قد وقع فى غلط بأن اعتقد عند الوفاء انه ملزم بأداء الدين ·

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فاذا اقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة اخذ باقراره، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك» ·

وتقابل ما جاء فى صدر المادة ٤٤٩ من التقنين الأردنى من انه « لا ينقضى الحق بمرور الزمان · · · » ·

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على ما يأتى : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان · بناء عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة فى حضور الحاكم بانه للمدعى عنده حق فى الحال فى دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذى ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه · · · » وهذا النص يطابق فى خصوص ما تناوله ما جاء فى النص المقترح ·

(مادة ٣٧٩)

اذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بملحقاته ، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماعها بهذه الملحقات ·

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » ·

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجهين :

(١) يتحدث النص المقترح عن عدم سماع الدعوى بالحق ، وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى يتحدث عن سقوط الحق بالتقادم ·

(٢) يقتصر النص المقترح على ذكر كلمة « الملحقات » بدلا من عبارة « الفوائد وغيرها من الملحقات » التى وردت فى التقنين الحالى وبذلك امكن تلافى ذكر الفوائد التى عنى التقنين الحالى بذكرها دون غيرها من الملحقات ·

فعدم سماع الدعوى بالحق يستتبع عدم سماعها بملحقاته من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز ونحو ذلك · فتبرأ ذمة الكفيل ، ويمتنع سماع الدعوى بالرهن والامتياز ، حيث يزول التابع بزوال الأصل · ويبقى التابع ما بقى الأصل ، ولو اكتملت بالنسبة الى التابع مدة عدم سماع الدعوى · فاذا كانت الدعوى مازالت تسمع بالدين الأصلى بسبب انقطاع المدة مثلا ، فأن ضماناته تبقى ولو أكتملت بالنسبة اليها مدة عدم سماع الدعوى ·

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٤٦٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ان « عدم سماع الدعوى بالحق لمرور الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه التوابع » ·

الكتاب الثانى

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع فى هذا الصدد على نهج التقنين الحالى ، فيرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود الى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة • وعقود ترد على العمل، وعقود تعاون ، وأخيرا عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصى فلا يدخل فى العقود المتقدمة ويجب فى الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العينى وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة •

وقد راينا فيما تقدم أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر • فمحل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن • أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد • واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد • وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر • ومن ثم جرى المشروع على أن ينوه فى تعريف كل عقد بالمحل الذى ينصب عليه ، أى العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذى يترتب عليه • وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالى ، نظرا الى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد •

الباب الأول

العقود التى ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ ـ أركان البيع •

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى •

هذه المـادة تقابل المـادة ٤١٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » •

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف البيع بالأثر الذى يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية • مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهى تتركز فى اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هى محل العقد • والعملية القانونية المقصودة من البيع هى انتقـال ملكية شىء أو انتقـال حق مالى آخر من البـائع الى المشترى • حيث يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهـذه الالتـزامات ترمى فى مجموعهـا الى تحقيق العملية القانونيـة المقصودة من العقد •

ولهذا جاء فى التعريف المقترح ان مقتضى عقد البيع هو انتقـال ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى •

والمـادة المقترحـة تقابل المادة ٤٥٤ مـن التقنين الكويتى التى تنص على أن « البيع عقد على تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقـاء عوض نقدى » •

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » •

وتقابل المـادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقى •

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن «البيع مبادلة مال بمال» والمـادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيـع باعتبـار المبيـع اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهى المقايضة » •

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى • ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد • أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجـرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد •

وهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى أن الحق ينتقل الى المشترى بالعقد ، وقد رؤى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه أدق من الناحية الفنية • فاذا كان المبيع معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان ملكيته تنتقل الى المشترى بمجرد العقد • وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطا خاصة ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع والتسجيل فى العقار ، فلا تنتقل الملكية الا بتوافر هذه الشروط اعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوفرت شروطه • فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) •

الكتاب الثانى

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع فى هذا الصدد على نهج التقنين الحالى ، فيرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود الى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة . وعقود ترد على العمل ، وعقود تعاون ، واخيرا عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصى فلا يدخل فى العقود المتقدمة ويجب فى الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العينى وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر . فمحل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر .

ومن ثم جرى المشروع على أن ينوه فى تعريف كل عقد بالمحل الذى ينصب عليه ، أى العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذى يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالى ، نظرا الى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

الباب الأول

العقود التى ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ ـ اركان البيع .

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف البيع بالأثر الذى يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهى تتركز فى اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هى محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من البيع هى انتقال ملكية شىء او انتقال حق مالى آخر من البائع الى المشترى . حيث يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء فى التعريف المقترح أن مقتضى عقد البيع هو انتقال ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « البيع عقد على تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى » .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن «البيع مبادلة مال بمال» والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، او بيع العين بالعين وهى المقايضة » .

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد . أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

وهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى أن الحق ينتقل الى المشترى بالعقد ، وقد روى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه أدق من الناحية الفنية . فاذا كان المبيع معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان ملكيته تنتقل الى المشترى بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطا خاصة ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع والتسجيل فى العقار ، فلا تنتقل الملكية الا بتوافر هذه الشروط أعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوفرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (انظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) .

وقد نصت المادة ٥٣١ من التقنين العراقي فى هذا المعنى على أنه (اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع . وأما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز) .

كما نصت المادة ٤٦٣ من التقنين الكويتى فى هذا المعنى على أنه (يترتب على البيع نقل ملكية المبيع اذا كان معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان لم يعين المبيع الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بالافراز . وكل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره ودون اخلال بقواعد التسجيل) .

والبيع فى الفقه الاسلامى ، هو كما تقول المجلة (م ١٠٥) ، « مبادلة مال بمال » ، وهو ما ينص عليه التقنين العراقى (م ٥٠٦) . أو هو ، كما يقول مرشد الحيران (م ٣٤٣) ، « تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمنا للمبيع » . ففى هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم . والبيع المطلق هو بيع العين بالنقد ، والمقايضة هى بيع العين بالعين ، والصرف هو بيع النقد بالنقد ، والسلم بيع شىء غير موجود بالذات بثمن مقبوض فى الحال على أن يوجد الشىء ويسلم الى المشترى فى أجل معلوم .

والبيع فى المشروع هو البيع المتعارف فى الفقه الاسلامى . فيجب أن يكون مقابل المبيع ثمنا نقديا . وبذلك يتميز البيع عن المقايضة .

ويتفق النص المقترح مع ما تنص عليه المادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، حيث تقول : « البيع هو مبادلة مال غير نقدى بمال نقدى على وجه التراضى » .

(مادة ٣٨٣)

لا يصح أن يكون البيع احتماليا جزافا . فاذا ورد البيع على شىء مستقبل وجب أن يعين هذا الشىء تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الأساسية ومقداره ، ولا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما ياخذ من المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطبيق للقاعدة الواردة فى المادة ٢/١١٩ من المشروع التى تنص على أنه « يجوز أن يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر » . فالنهى عن بيع المعدوم فى الفقه الاسلامى انما هو للغرر لا للعدم . فاذا كان التعامل فى الشىء المستقبل احتماليا جزافا ، فانه يكون باطلا ، لما فيه من الغبن والغرر . أما اذا كان التعامل غير جزافى ، بحيث لا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما ياخذ من المبيع ، فلا يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل . ويتحقق ذلك اذا وجد الشىء فى المستقبل وكان معينا تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الأساسية كما يذكر مقداره بما يقابله من الثمن ، ولا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وقد أريد بالنص على هذا التطبيق ايضاح حكم هام يحرص عليه الفقه الاسلامى لما يخشاه من غرر فى الصفقة . وهو يتناول صورا كثيرا ماتقع فى الحياة العملية . كما فى بيع ثمار حديقة قبل الطلوع أو قبل النضوج وقد يكون ذلك لمدة سنوات مستقبلة . وكما فى بيع سلعة قبل صنعها ، وكما فى بيع شقة للسكنى أو لغرض آخر قبل البناء . ففى مثل هذه الحالات يجب أن يوجد الشىء المتعاقد عليه فى المستقبل ، وأن يكون قد تم تعيينه على نحو تنتفى معه الجهالة والغرر وفقا لما تقدم ذكره . فاذا لم يوجد الشىء على الصفة التى تم عليها التعاقد وقع العقد باطلا .

انظر المادة ١١٩ من المشروع والنصوص المقابلة لها فى التقنينات العربية الأخرى والمراجع الفقهية فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة .

(مادة ٣٨٤)

١ - يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا ، والا كان له طلب أبطال البيع . فاذا لم ير المشترى المبيع . وجب أن يشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ - واذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، فلا يحق له طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا اثبت تدليس البائع .

٣ - ويسقط حق المشترى فى طلب الابطال اذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على عدم رضائه به .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ - واذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع » .

وقد أدخل على نص التقنين الحالى التعديلات الآتية :

أولا - أضيف الى الفقرة الأولى الجزاء الذى يترتب على عدم العلم بالمبيع ، وهو حق المشترى فى طلب ابطال العقد ، زيادة فى الايضاح . كما عدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة على نحو يتضح فيه أن الأصل فى العلم بالمبيع هو رؤيته ، وان ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع يقوم مقام الرؤية .

ثانيا – اجراء تعديل لفظى بسيط فى الفقرة الثانية ٠

ثالثا – اضافة فقرة ثالثة تقضى بسقوط حق المشترى فى طلب الابطال اذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على رضائه به ، وذلك حسما للموقف مراعاة لاستمرار التعامل ، وحتى لا يظل مصير العقد معلقا مدة أكثر مما يلزم فى الحالات التى يتعذر فيها استخلاص النزول الضمنى من جانب المشترى عن خياره ٠ ويتفق حكم هذه الفقرة مع ما يقول به الفقه الاسلامى فى مذهب الامام أحمد حيث تنص المادة ١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على هذا المذهب على أنه « اذا وجد المشترى المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراخى ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » ولاشك أن السكوت مدة تكفى للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر ما يدل على عدم الرضاء به يعد رضى ٠

ووجوب علم المشترى بالمبيع علما كافيا هو تطبيق لأحكام خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى ٠ ففى هذا الفقه ، وبخاصة المذهب الحنفى، يثبت للمشترى الذى لم ير المبيع خيار الرؤية ، حيث يستطيع المشترى بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع اذا رآه فوجده على خلاف ما يظن ٠

(أنظر : البدائع ج٥ ص٢٩٢ – فتح القدير ج٥ ص-١٤٠ – المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ٦٨ – ٧٠ – المغنى ج ٤ ص ٧٤ – ٩٠ – وانظر م ٢٠٠ – ٢٠٤ و ٣٢٠ – ٣٢٥ من المجلة ، و م ٣٣٩ – ٣٤١ من مرشد الحيران ، والسنهورى ، الوسيط ج ٤ فى البيع فقرة ٦١ – ٦٥ ، ومصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٢٤٨ – ٢٦٧) ، وانظر كذلك : مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى : م٢٦٩

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجب أن يكون المبيع معلوما للمشترى علما كافيا ، والا كان له الحق فى طلب ابطال البيع ٠

٢ – ويعتبر علما كافيا بالمبيع اشتمال العقد على بيان اوصافه الاساسية ، بيانا يمكن من تعرفه ٠

٣ – واذا ذكر فى العقد أن المشترى عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا أثبت تدليس البائع ٠

٤ – واذا تسلم المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له » ٠

وتقابل المواد ٤٦٦ – ٤٦٩ من التقنين الأردنى ٠

فالمادة ٤٦٦ تنص على ما يأتى :

« ١ – يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشترى علما نافيا للجهالة الفاحشة ٠

٢ – يكون المبيع معلوما عند المشترى ببيان أحواله وأوصافه المميزة له واذا كان حاضرا تكفى الاشارة اليه ٠

والمادة ٤٦٧ تنص على ما يأتى : « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع علما كافيا فلا حق له فى طلب ابطال العقد لعدم العلم الا اذا أثبت تدليس البائع » ٠

والمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ووجب أن يكون المبيع مطابقا له ٠

٢ – فاذا ظهر أنه غير مطابق فان المشترى يكون مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده » ٠

والمادة ٤٦٩ تنص على مايأتى :

« ١ – اذا اختلف المتبايعان فى مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأى لاهل الخبرة واذا فقد النموذج فى يد أحد المتبايعين فالقول فى المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر مالم يثبت خصمه العكس ٠

٢ – واذا كان النموذج فى يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معينا بالذات ومتفقا على انه هو المعقود عليه فالقول للبائع فى المطابقة ما لم يثبت المشترى العكس واذا كان المبيع معينا بالنوع أو معينابالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشترى فى المغايرة ما لم يثبت البائع العكس » ٠

وتقابل المواد ٥١٧ – ٥٢٣ من التقنين العراقى ٠

فالمادة ٥١٧ تنص على ما يأتى :

« ١ – كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين يراه ، فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره ٠

٢ – والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشىء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق » ٠

والمادة ٥١٨ تنص على ما يأتى :

« ١ – الاشياء التى تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج منها ٠ فان ثبت ان المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه ، كان المشترى مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع ٠

٢ – فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له » ٠

والمادة ٥١٩ تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على حدة .

٢ - واذا كان المشترى رأى بعضها ، فمتى رأى الباقى جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعا، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقى».

والمادة ٥٢٠ تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيرا .

٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التى تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات » .

والمادة ٥٢١ تنص على أن « الوكيل بشراء شيء ، والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤيةالأصيل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشترى ».

والمادة ٥٢٢ تنص على أن « من رأى شيئا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذى كان قد رآه ، فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال التى رآه فيه » .

والمادة ٥٢٣ تنص على ما يأتى :

« ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشترى ، وبتصرفه فى المبيع قبل أن يراه ، وباقراره فى عقد البيع أنه قد راى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء فى عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت ، وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشترى قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشيء دون أن يراه .

٢ - وللبائع أن يحدد للمشترى أجلا مناسبا يسقط بانقضائه الخيار اذا لم يرد المبيع فى خلال هذه المدة » .

(مادة ٣٨٥)

١ - اذا كان البيع على مقتضى نموذج معين ، وجب ان يكون المبيع مطابقا له .

٢ - واذا تلف النموذج او هلك فى يد احد المتعاقدين ، ولو دون خطا منه ، كان على هذا المتعاقد بائعا كان أو مشتريا ان يثبت أن الشيء مطابقا للنموذج أو غير مطابق له .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٠ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى ، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .

٢ - واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة حيث أجاز جمهور الفقهاء البيع بالنموذج (بالعينة) وقرروا الاكتفاء برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . فاذا وجد المبيع مطابقا للنموذج كان البيع لازما والا كان للمشترى الخيار ، ان شاء قبل المبيع وان شاء فسخ البيع. كما ذهب بعض الفقهاء الى وجوب الاحتفاظ بالنموذج ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين فى موافقة المبيع له ، واعتبار من تلف فى يده النموذج مدعيا عليه عبء الاثبات مما يوافق النص المقترح . فقد نصت المادة ٣٢٥ من المجلة على أن « ما بيع على مقتضى الانموذج اذا ظهر دون الانموذج يكون المشترى مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده » . وجاء فى نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٠٤ : « وتكفى رؤية المبيع الدال على باقيه نحو انموذج المتماثل ويسمى بالعينة » . وجاء فى مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك فى المادة ٣٨ أنه « يجوز بيع الشيء على اللزوم أو على الخيار بناء على رؤية بعضه سواء أكان مثليا أم مقوما . ويجب الاحتفاظ بالبعض المرئى ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين فى موافقة باقى المبيع للبعض المرئى » . ومع ذلك فقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء ، فقالوا بعدم جواز بيع الانموذج (انظر مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلى : م ٣٠٨ وشرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٩) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٧ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى ، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها .

٢ - فاذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ، كان عليه اثبات المطابقة أو المغايرة ، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه » .

وتقابل المادة ٥١٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأشياء التى تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج منها : فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه . كان المشترى مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

٢ - فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له » .

وتقابل المادتين ٤٦٨ و ٤٦٩ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٤٦٨ تنص على ما ياتى :

١ ـ اذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ، ووجب أن يكون المبيع مطابقا له .

٢ ـ فاذا ظهر أنه غير مطابق له فان المشترى يكون مخيرا ان شاء تبله وان شاء رده » .

والمادة ٤٦٩ تنص على ما ياتى :

١ ـ اذا اختلف المتبايعان فى مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين ، فالرأى لأهل الخبرة . واذا فقد النموذج فى يد أحد المتبايعين ، فالقول فى المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس

٢ ـ واذا كان النموذج فى يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معينا بالذات ومتفقا على أنه هو المعقود عليه ، فالقول للبائع فى المطابقه ما لم يثبت المشترى العكس . وان كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشترى فى المغايرة ما لم يثبت البائع العكس

ويتضح من النصوص المذكورة ما ياتى :

(١) ان المادة المقترحة تتفق فى حكمها مع التقنين المصرى الحالى والتقنين الكويتى .

(٢) ان احكام التقنين العراقى والتقنين الاردنى لا تختلف عن احكام التقنين المصرى الحالى ولا عن أحكام المادة المقترحة الا فى الجزاء الذى يترتب على عدم مطابقة المبيع للنموذج . فهذا الجزاء فى التقنين العراقى وفى التقنين الأردنى الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى . أما فى التقنين المصرى الحالى وفى المادة المقترحة فالجزاء الفسخ أو انقاص الثمن أو اجبار البائع على تقديم شىء مطابق للنموذج » .

(مادة ٣٨٦)

١ ـ فى البيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع ان يمكنه من التجربة أو المذاق . فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولا .

٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذ تبين من الاتفاق أو العرف أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٢١ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

«١ ـ فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى ان يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع ان يمكنه من التجربة . فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع الا فى الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان » .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين فى مادة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لتوحيد الحكم فى بيع التجربة وبيع المذاق ، اذ لا مسوغ للتفرقة بينهما فى الحكم .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما ياتى ، « يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، فى مدة معقولة ، لقبول البيع أو رفضه . فان سكت المتبايعان عن تحديد المدة فى العقد ، حملت على المدة المعتادة فاذا انقضت المدة ولم يعلن المشترى رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوته قبولا » .

وتقابل المادتين ٥٢٤ و ٥٢٥ من التقنين العراقى ، وهما مطابقتان للمادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المواد ٤٧٠ ـ ٤٧٧ من التقنين الأردنى . ونورد فيما يلى من هذه المواد نصوص المواد ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٧ .

فالمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ ـ يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معقولة ، فان سكت المتبايعان عن تحديدها فى العقد حملت على المدة المعتادة .

٢ ـ ويلتزم البائع بتمكين المشترى من التجربة » .

والمادة ٤٧١ تنص على ما ياتى :

«١ ـ يجوز للمشترى فى مدة التجربة اجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط فى حالة الرفض اعلام البائع .

٢ – اذا انقضت مدة التجربة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ولزم البيع » .

والمادة ٤٧٧ تنص على ما يأتى : « تسرى أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق ، الا أن خيار المذاق لا يورث » .

وقد واجه الفقه الاسلامى كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط (م ٣٠٠ – ٣٠٩ من المجلة وم ٣٢٩ – ٣٣٨ من مرشد الحيران) . ذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصتين من صور خيار الشرط . ولذلك فان التقنين العراقى ، حينما سار على نهج الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق ، بل أورد الى جانبها نصوصا متعلقة بخيار الشرط (م ٥٠٩ – ٥١٣) . وفى الفقه الاسلامى أيضا البيع على سوم الشراء (م ٢٩٨ من المجلة) والبيع على سوم النظر (م ٢٩٩ من المجلة) .

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط ، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وان طالت . وحدد المالكية المدة بحسب نوع المبيع . وبهذين الرأيين أخذ المشروع . فاذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة المعتادة . والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعا معلقا على شرط واقف ، فلا يجيزون للمشترى أن ينتفع بالمبيع فى مدة الخيار الا بقدر ما يحصل به اختبار حاله وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف (م ٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) . أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقا على شرط فاسخ (م ٣٣٥ من مرشد الحيران) وقد أحاط المشروع فى النص المقترح بهذين الرأيين .

(مادة ٣٨٧)

١ – يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يعين بمقتضاها فيما بعد .

٢ – واذا ترك تقدير الثمن لاجنبى عن العقد ، فلا ينعقد العقد الا اذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالى . مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » .

وحكم هذه الفقرة يخالف ما هو مجمع عليه فى فقه القانون الوضعى وفقه القانون الغربى عامة . وقد روعى فيه أن ترك تقدير الثمن لاجنبى يجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد ، وهو ما يرفضه الفقه الاسلامى ، نظرا لما ينطوى عليه من جهالة . واذا كانت هناك أمور أخرى تصلح

والفقرة الثانية من هذه المادة مستحدثة .

أساسا لتقدير الثمن ، كالبيع بسعر السوق أو بالسعر المتداول فى التجارة أو الذى جرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، فان الملحوظ فيه أن تقدير الثمن ليس رهينا بارادة شخص معين .

انظر المادة ٢٣٨ من المجلة والمادة ٤١٦ من مرشد الحيران والمادة ٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل والمادة ١٧ من هذا المشروع على مذهب الامام الشافعى والمادة ٣٢ من هذا المشروع على مذهب الامام مالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٩ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يجوز أن يقتصر فى تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده الى طرف ثالث ، فاذا لم يحدده لاى سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل » .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد . ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التى يحدد الثمن بموجبها فيما بعد » .

وتقابل المادة ٤٧٩ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ويشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ، ويكون معلوما :

١ – بمشاهدته والاشارة اليه ان كان حاضرا .

٢ – ببيان مقداره وجنسه ووصفه ان لم يكن حاضرا .

٣ – بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفى معها الجهالة حين التنفيذ » .

ويلاحظ أن التقنين العراقى والتقنين الأردنى يأخذان فى البيع بالمعنى الواسع الذى أخذ به الفقه الاسلامى ، وهو اعتبار البيع مبادلة مال بمال ، فأصبحت المقايضة فيهما نوعا من أنواع البيع . أما البيع بثمن نقدى ، فهو ما يسميانه بالبيع المطلق (م ٥٢٧ / ١ عراقى وم ٤٨٢ أردنى) .

(مادة ٣٨٨)

اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب أن يكون الثمن سعر السوق فى مكان وزمان البيع . فاذا لم يكن فى مكان البيع سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية .

هذه المادة تتضمن أحد الأسس التى تجعل الثمن قابلا للتقدير وذلك حين يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق .

وهى تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى • فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية » •

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الثانية من نص المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٧٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « اذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق ، فيعتبر سعر السوق فى زمان ومكان البيع • وان لم يكن فى هذا المكان سوق اعتبر المكان الذى يقضى العرف بان تكون أسعاره سارية» •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٦٠ / ٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ويكون سعر السوق فى زمان البيع ومكانه هو المعتبر• فاذا لم يكن فى مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره سارية • وذلك كله ما لم يتفق على غيره » •

ويواجه الفقه الاسلامى البيع بسعر السوق باعتباره من عقود الأمانة التى يقال لها بياعات الامانة ، وذلك بما يسميه بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد ان لادراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه ان يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس أو تشترى به . فان كذب عليه المتعاقد معه فى بيان سعر السوق فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج ٤ ص ٤٧٠ • عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها) •

(مادة ٣٨٩)

اذا لم يعين المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما •

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الحالى، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » وكلمة « قصدا » بكلمة « نويا » •

وهى تتضمن أحد الأسس التى تجعل الثمن قابلا للتقدير ، وذلك حين يتبين من ظروف التعاقد وملابساته أن ثمة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن يكون الثمن هو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما • فمثل هذا السعر يكون بهذه المثابة معلوما للمتعاقدين •

وتطابق المادة ٥٢٨ من التقنين العراقى ، فيما عدا الكلمتين اللتين تم استبدالهما فى نص التقنين المصرى الحالى •

وتتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٤٦٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع اذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق » •

(مادة ٣٩٠)

١ ـ يجوز البيع بطريق المرابحة أو التولية أو الاشراك أو الوضيعة •

٢ ـ والمرابحة بيع يزاد فيه قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى • والتولية بيع بمثل الثمن الأصلى دون زيادة أو نقص • والاشراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلى • والوضيعة بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلى •

٣ ـ ويجب فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأصلى معلوما • ويعتبر تدليسا ادلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة ، أو كتمانه لأمر ينتقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع ، اذا كان من شأن هذا أو ذاك أن يؤثر فى رضاء المشترى بالصفقة •

هذه المادة مستحدثة • وحكمها مستمد من الفقه الاسلامى •

وهى تتضمن ، الى جانب الأسس السابقة التى تجعل الثمن فى عقد البيع قابلا للتقدير ، أساسا آخر هو الثمن الذى اشترى به البائع • حيث يطمئن المشترى الى أمانة البائع فيشترى منه على أساس الثمن الذى اشترى به السلعة • فاذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى سمى البيع مرابحة • واذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمى البيع وضيعة • واذا بيعت بثمنها الأصلى سمى البيع تولية اذا أخذ المشترى كل السلعة ، وسمى اشراكا اذا أخذ المشترى جزءا منها •

وهذه البيوع يقال لها فى الفقه الاسلامى بياعات الأمانة • ولايقتصر واجب البائع فيها على بيان الثمن الأصلى الذى اشترى به ، بل يجب عليه أيضا أن يبين ما أحاط بالثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف ، فضلا عن بيان حالة المبيع • فان صدر منه غش فى بيان الثمن الأصلى ، بان زاد فيه ، كان هذا منه تدليسا • ويحق للمشترى فى هذه الحالة ، بدلا من أن يطلب أبطال البيع ، أن يحط الزيادة كما يستطيع البائع أن يتوقى دعوى الابطال اذا حط هذه الزيادة • وان

كتم البائع أمرا ذا تأثير فى مقدار الثمن أو قيمة المبيع ، كان هذا ايضا منه تدليسا ، كما لو كتم عن المشترى أن الثمن الأصلى مؤجل أو أخفى عيبا فى المبيع يقلل من قيمته ٠

وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على أنه « يعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » ٠

والمفروض فى غش البائع أو كتمانه على النحو المذكور أن يكون ذا أثر فى رضاء المشترى بالصفقة ٠ اذ أن ارادة المتعاقدين يجب أن يعتد بها فى هذا الصدد ٠ فقد يتضح من العقد وظروفه أن المتبايعين قصدا أن يكون أساس التقدير هو الثمن الأصلى دون نظر الى الظروف والملابسات التى تحيط بالثمن أو تقلل من قيمة المبيع ، وفى هذه الحالة يجب على المشترى أن يقبل المبيع بحالته التى اشتراه بها وأن يدفع الثمن الأصلى أو أكثر منه أو أقل بحسب الاتفاق ٠

(انظر فى بياعات الأمانة : فى الفقه الحنفى : المبسوط ج ١٣ ص ٧٨ ــ ٩١ ٠ البدائع ج ٥ ص ٢٢٠ ــ ٢٢٨ ٠ فتح القدير ص ٢٥٢ــ ٢٦٣ ٠ الزيلعى ج ٤ ص ٧٣ ــ ٨٩ ٠

وفى الفقه المالكى : الحطاب ج ٤ ص ٤٨٨ ــ ٤٩٥ ٠ الدسوقى ج ٣ ص ١٦٠ ــ ١٧١ ٠ الخرشى ج ٥ ص ١٧١ ــ ١٨٠ ٠

وفى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج للشربينى ج ٢ ص ٧٦ ــ ٨٠ ٠ نهاية المحتاج للرملى ج ٤ ص ١٠٤ ــ ١١٥ ٠

فى الفقه الحنبلى : الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ١٠٠ ــ ١٠٨ ٠ المغنى ج ٤ ص ٢٥٩ ــ ٢٩٤ ٠

عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ١٦٦ ــ ١٧٤ ، الوسيط ج ٤ فى البيع ص ٢٠٩) ٠

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يجوز البيع مرابحة أو تولية أو اشراكا أو وضيعة ٠

٢ ــ والمرابحة بيع بمثل الثمن الاول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والاشتراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن ٠ والوضيعه بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه ٠

٣ ــ ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة » ٠

وتقابل المادة ٤٨٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يجوز البيع بطريق المرابحة او الوضيعة او التوليه اذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا ٠

٢ــ اذا ظهر أن البائع قد زاد فى بيان مقدار رأس المال فللمشترى حط الزيادة ٠

٣ ــ واذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد فللمشترى فسخ العقد عند معرفته ، وكذا يكون الحكم لو كتم البائع أمرا ذا تأثير فى المبيع أو رأس المال ٠ ويسقط خياره اذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه » ٠

وتقابل المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يجوز البيع تولية أو اشراكا أو مرابحة أو وضيعة ، اذا كان الثمن الذى اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا ٠

٢ ــ فاذا ثبت أن الثمن الذى اشترى به البائع أقل مما ذكره كان للمشترى أن يتمسك بالثمن الحقيقى ٠

٣ ــ ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه ، اذا كان من شأنها أن تؤثر فى رضاء المشترى » ٠

(مادة ٣٩١)

١ ــ اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية او للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل ٠

٢ ــ ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ٠

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ٠

٢ ــ ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » ٠

وقد روى فى المادة المقترحة الا يقتصر الحكم على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فاضيفت الى هذه الحالة حالات يكون العقار المبيع فيها مملوكا للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف . وذلك حفاظا على الصالح العام .

والفقه الاسلامى لا يعتد بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تغرير (تدليس) (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . ولكنه يعتد بهذا الغبن ، ولو لم يصحبه تغرير ، فى بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف حيث يعتبر العقد فاسدا ويجب فسخه (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . وفى ضوء هذا الحكم من الفقه الاسلامى وضعت المادة المقترحة وان كان هناك رأى فى هذا الفقه يعتد بالغبن عامة فى جميع التصرفات (أنظر فى الفقه الحنبلى م٤٠٧ من مجلة الأحكام الشرعية) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يلى :

« ١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير .

٢ - على انه اذا كان الغبن فاحشا ، وكان المغبون محجورا أو كان المال الذى حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف ، فان العقد يكون باطلا .

٣ - لايجوز الطعن بالغبن فى عقد تم بطريق المزايدة العلنية» .

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه : « لايفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة » .

وتقابل المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من التقنين الكويتى .

فالمادة ١٦٣ من التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، أو لأحد عديمى الأهلية أو ناقصيها ، أو لجهة الوقف ، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر ، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش فى الغبن .

٢ - ويعتبر الغبن فاحشا اذا زاد عند ابرام العقد على الخمس .

٣ - ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن ينوب عنه وفقا للقانون ، أو أذنت به المحكمة » .

والمادة ١٦٤ تنص على أنه « يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى لعديل أثر العقد بطلب الفسخ . وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة » .

ويتضح من هذه النصوص أن الجزاء المرتب على الغبن يختلف فى التقنينات المذكورة . فهو فى المادة المقترحة كما هو فى التقنين المصرى الحالى تكملة الثمن بما يزيل الغبن الفاحش . وفى التقنين العراقى البطلان ، وفى التقنين الأردنى الفسخ وهو ما يتفق مع الجزاء فى الفقه الاسلامى ، وفى التقنين الكويتى تعديل الالتزام بما يرفع الغبن الفاحش وهو مما يتفق مع الجزاء فى التقنين المصرى الحالى والمادة المقترحة .

(مادة ٣٩٢)

١ - لاتسمع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا لم يرفعها البائع خلال ثلاث سنين .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة بالنسبة الى من لاتتوافر فيه الأهلية من وقت توافر أهليته او موته ، وبالنسبة الى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو جهة الوقف من وقت العقد .

٣ - ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

٢ - ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » .

وقد أضيف الى هذه المادة من التقنين الحالى مايواجه حالات الغبن المضافة فى المادة المقترحة السابقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تسقط دعوى الغبن اذا لم ترفع خلال سنة ، تبدأ بالنسبة الى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت ابرام العقد ، وبالنسبة لعديمى الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية او الموت ، وعلى اية حال تسقط الدعوى بمضى ١٥ سنة من وقت ابرام العقد .

(مادة ٣٩٣)

لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم بطريق المزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى » .

وقد اختلف الفقه فى تفسير هذا النص . فذهب رأى الى أن المقصود فيه هو البيع الذى يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى ، كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم امكان قسمته عينا . بينما ذهب رأى آخر الى أن المقصودهو البيع الذى يتم بالمزاد وفقا لاجراءات رسمها القانون ، وبذلك يشمل الحالات التى يتحتم قانونا أن يكون البيع فيها بالمزاد العلنى ، كما يشمل الحالات التى لا يتحتم فيهـا ذلك متى تم البيع بالمزاد وفقا للاجراءات التى رسمها القانون . ومثل هذه الحالات الأخيرة أن تأمر المحكمة ببيع عقار غير كامل الأهلية بالمزاد العلنى ، ويتم هذا البيع وفقا للاجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب .

وقد رؤى ان يصاغ النص المقترح بوضوح طبقا لهذا الرأى الأخير . اذ أن البيع بالمزاد وفقا للاجراءات التى رسمها القانون ، سواء كان القانون يحتم ذلك أولا يحتم ، يكفى لتوفير الضمانات التى تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع .

والسند الشرعى لحكم المادة المقترحة مايراه بعض الفقهاء من عدم جواز الطعن بالغبن اطلاقا كالشافعية ، وما يراه البعض الآخر من عدم جواز هـذا الطعن الا للجاهل بالثمن او الوصى والوكيل كالمالكية (م ١٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) .

٢ ـ آثار البيع .

التزامات البائع .

(مادة ٣٩٤)

يلتزم البـائع بان يقوم بمـا هو ضرورى لانتقـال الحق المبيع الى المشترى ، وبان يمتنع عن أى عمل من شانه ان يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « لانتقال » بكلمة « لنقل » ، وكلمة « يمتنع » بكلمة « يكف » وكلمة « انتقال » بكلمة « نقل » .

وتطابق المادة ٥٣٥ من التقنين العراقى ، فيما عدا استعمال لفظ « يمتنع » بدلا من لفظ « يكف » .

وتقابل المادة ٤٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشترى مجردا من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضرورى من جانبه لنقل الملكية اليه » .

وتقابل المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٤٦٦ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضرورى من جانبه لانتقالها ، وان يمتنع من أى عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا » .

والمادة ٤٦٧ تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع وبان يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى يتضمن نصا (م ٥٧٣ من المشروع) يقضى بأن « يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشىء المبيع ، وان يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشىء» . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لانها مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٥ فى الهامش) .

انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٢ و ٤٣ .

وحكم المادة المقترحة تطبيق للاصل الشرعى الذى يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذى يقتضى تمكين المشترى من الحصول على مقصود العقد وثمرته .

(مادة ٣٩٥)

اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٨٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٥٣١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان المبيع عينا معينه بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع . وأما اذا كان المبيع لم يعين الابنـوعه فلا تنتـقل الملكية الا بالافراز » .

ولم تكن هناك حاجة الى ان يذكر فى النص المقترح الحالات الأخرى الواردة فى نص التقنين العراقى ، لأن النص المقترح يحيل على انتقال الملكية فى الشىء المعين بالذات ، وهو ماتناولته المادة ٢١٩ من المشروع حيث تقول « العقد الذى بمقتضاه تكسب ملكية شىء أو حق عينى آخر يخول من تلقاء ذاته هذا الحق ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى بحسب الأحوال » .

أما انتقال الحق فى الشىء المعين بالنوع فقد تناولته المادة ٢٢٠ من المشروع .

وقد كان النص المقابل للمادة ٤٢٩ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٦٩) يتضمن فقرة أولى تتناول انتقال الملكية فى الشىء المعين بالذات وانتقالها فى الشىء المعين بالنوع ، ولكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة التى وردت فى المادتين ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين الحالى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٤ – ٤٦) .

وفى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بمجرد العقد فى البيع الجزاف ، كما هو الشأن فى بيع الشىء المعين بالذات ، وهو حكم المادة المقترحة (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع والمادة ٣٧٤ من المجلة) .

(مادة ٣٩٦)

١ – اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ – فاذا كان الثمن يدفع اقساطا ، جاز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ان يخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام التعويض الاتفاقى .

٣ – واذا وفيت الأقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستندا الى وقت البيع .

٤ – وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « وفقا لأحكام التعويض الاتفاقى » الواردة فى الفقرة الثانية بعبارة « وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ » .

وتتفق فى أحكامها مع المادة ٥٣٤ من التقنين العراقى التى جاءت متفقة مع النص الوارد فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

٢ – فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام التعويضات الاتفاقية .

٣ – واذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع الى المشترى من وقت البيع ، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك .

٤ – وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع ايجار » .

وتقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز للبائع اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع .

٢ – واذا تم استيفاء الثمن ، تعتبر ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع » .

وتقابل المادة ٤٦٤ من التقنين الكويتى التى تنص على مايأتى :

« ١ – اذا كان الثمن مؤجلا أومقسطا جاز الاتفاق على ألا تنتقل الملكية الى المشترى الا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .

٢ – فاذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩ – ٥١) .

والجوهرى فى هذا الصدد من الناحية الشرعية هو جواز اشتراط تعليق انتقال الملكية الى المشترى على الوفاء بالثمن كله . وهو صحيح شرعا ، باعتباره شرطا متعارفا أى شرطا مرعيا فى العرف . وقد نصت المادة ٣٣١ من مرشد الحيران على أنه « اذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشترى اذا لم يؤد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، صح البيع والشرط . فان أدى المشترى الثمن فى المدة المعينة لزم البيع ، وان لم يؤديه فى المدة المعينة أو مات فى أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع » .

وقد استأنس المشروع برأى الحنابلة فى جواز شرط الخيار لأى مدة . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

(رجاع القواعد لابن رجب ص ٢٨٨ القاعدة ١١٨) .

أما شرط استبقاء البائع جزءا من الأقساط مع اعطاء القاضى حق النظر فى هذا التعويض فهو شرط يجرى عليه العرف كشرط حلول جميع الأقساط عند عدم وفاء قسط منها الذى قال به الحنفية .

(انظر م ٣٢٦ من مرشد الحيران) . وشرط التعويض هذا يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة فى الضمان بالتسبب .

(مادة ٣٩٧)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٨٩ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٦٧ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى : م١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التى تنص على أنه « اذا وجد المشترى المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراخى ولايسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » .

(مادة ٣٩٨)

يشمل التسليم ملحقات المبيع . وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك وفقا لقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضى به طبيعة الأشياء .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد عدلت صياغة هذا النص على نحو يتضح منه أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعتبر بوجه خاص من ملحقاته ، كما روعيت فيه الأولوية الواجبة لما يرجع اليه فى تحديد ملحقات المبيع . اذ القاعدة أن أول ما يرجع اليه فى هذا التحديد هو الاتفاق . فاذا وجد اتفاق على اعتبار شىء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك ، وجب الأخذ بما قصد اليه المتعاقدان فى هذا الاتفاق . واذا لم يوجد اتفاق ، وجب الأخذ بما يقضى به العرف . واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، وجب اتباع ما تقضى به طبيعة الأشياء .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادتين ٥٣٦ و ٥٣٧ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه الى المشترى عند نقده الثمن ... » .

والمادة ٥٣٧ تنص على ما يأتى :

« يدخل فى البيع من غير ذكر :

(أ) ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء ، فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع .

(ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة . فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع فى حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التى للدار ، واذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار .

(ج) كل مايجرى العرف على أنه من مشتملات المبيع » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٤٩٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما يجرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر فى العقد » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٤٥٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه ، وذلك وفقا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» .

(انظر المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، وهى المقابلة للمادة ٤٣٢ من هذا التقنين ، ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤ — ٥٧) .

وتتفق فى حكمها مع أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الصدد :

انظر فى ذلك المواد ٢٣٠ — ٢٣٣ من المجلة والمواد ٤٦٩ — ٤٧٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٩٩)

اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب مايقضى به العرف ، مالم يتفق على غير ذلك . على أنه لايجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٦٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ١/٥٤٦ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٤٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « اذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المزروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، كان المشترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . واذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع » .

والمادة ٥٤٤ تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التى فى تبعيضها ضرر ، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، فللمشترى فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ ـ واذا وجد المبيع زائدا ، فالزيادة للمشترى ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عوضا فى مقابل الزيادة » ·

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتى : « اذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوته مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدا أو ناقصا عند التسليم ، فللمشترى فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته الثمن » ·

والمادة ١/٥٤٦ تنص على ما يأتى : « فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشترى الحق فى الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة فى المبيع ، الا اذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة فى المائة من القدر المحدد للشىء المبيع» ·

وتقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا عين فى العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١ ـ اذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع ·

٢ ـ اذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محددا على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه ·

٣ ـ اذا كان المبيع مما يضره التبعيض وكان الثمن المسمى لمجموعه فالزيادة للمشترى والنقص لا يقابله شىء من الثمن ·

٤ ـ كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشترى أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار فى فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها ولايخل النقص فى مقصود المشترى ·

٥ ـ اذا تسلم المشترى المبيع مع علمه بانه ناقص سقط حقه فى خيار الفسخ المشار اليه فى الفقرة السابقة » ·

أنظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢٢٠ ـ ٢٢٩ من المجلة والمواد ٤٤٨ ـ ٤٥٣ من مرشد الحيران ·

(مادة ٤٠٠)

اذا تبين ان مقدار المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع ، وان كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشترى أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد · واذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، كانت الزيادة للمشترى · كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ·

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اما اذا تبين ان القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد · وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » ·

وهذا النص لا يتناول ألا فرضا واحدا من الفروض التى يمكن أن تعرض فى حالة زيادة المبيع على ما ذكر فى العقد ، وهو أن يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع غير قابل للتبعيض · ولذلك رؤى فى النص المقترح أن تضاف حالتان اخريان يمكن أن تعرضا فى حالة زيادة المبيع ، وهما حالة ما اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع قابلا للتبعيض ، وحالة ما اذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ·

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٧٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تبين ان قدر المبيع يزيد على ما حدد فى العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع مالم ير المشترى أخذها بما يقابلها من الثمن · وان كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وجب على المشترى ان يدفع ثمن الزيادة ، ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ·

٢ ـ فاذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، تكون الزيادة للمشترى مالم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد · وفى هذه الحالة يكون المشترى بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة فى المبيع وبين فسخ البيع ·

٣ ـ وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » ·

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ / ١ من التقنين العراقى ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة ·

وتقابل المادة ٤٩٥ من التقنين الأردنى ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة ·

أنظر فى الفقة الاسلامى المواد ٢٢٠ ـ ٢٢٦ من المجلة والمواد ٤٤٨ ـ ٤٥٣ من مرشد الحيران ·

(مادة ٤٠١)

اذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فلا تسمع دعوى المشترى بانقاص الثمن أو فسخ العقد · ولا دعوى البائع برد الزيادة أو تكملة الثمن ، اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ·

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فان حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد ، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا » .

وقد ادخل على هذا النص التعديلان الآتيان :

(١) الأخذ فى النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وفقا للخطة التى سار عليها المشروع ، بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى .

(٢) الاشارة الى دعوى البائع بردالزيادة الى جانب الدعاوى الأخرى لمواجهة احدى الحالتين اللتين اضيفتا الى النص السابق وفقا لما ذكر فيما تقدم فى خصوص هذا النص .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ / ٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشترى أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشترى تسليما فعليا » .

وتقابل المادة ٤٩٣ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملته اذا انقضت سنة على تسليم المبيع » .

وتقابل المادة ٤٧١ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تسقط الدعوى بفسخ العقد او انقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة فى المبيع اذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٦٤ و ٦٥) .

وتستند المادة المقترحة فى الفقه الاسلامى الى قاعدة تخصيص القضاء رعاية لمصلحة المتخاصمين .

(مادة ٤٠٢)

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « حائل » بلفظ « عائق » ، واستبدال لفظ « المبيع » بعبارة « الشىء المبيع » ، فى الفقرة الأولى .

وتطابق المادتين ٤٧٢ و ٤٧٣ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى بسيط .

وتتفق فى أحكامها مع أحكام المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٣٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشترى من قبضه دون حائل .

٢ - واذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر اذنا من البائع له فى القبض » .

والمادة ٥٣٩ تنص على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » .

والمادة ٥٤٠ تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا أجر المشترى المبيع قبل قبضه الى بائعه أو باعه منه أو وهبه اياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض، اعتبر المشترى قابضا للمبيع .

٢ - واذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشترى » .

وتقابل المواد ٤٩٤ و٤٩٥ و٤٩٦ و ٤٩٧ و٤٩٨ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٤٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - يتم تسليم المبيع اما بالفعل او بأن يخلى البائع بين المبيع والمشترى مع الأذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

٢ - ويكون التسليم فى كل شىء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « اذا كان المبيع فى حوزة المشترى قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة ٤٩٦ تنص على أنه « اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشترى متسلما للمبيع فى حالة معينة أو اذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليما اعتبر التسليم قد تم حكما » .

والمادة ٤٩٧ تنص على ان « يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم المشترى عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمى » .

والمادة ٤٩٨ تنص على ما يأتى :

« يعتبر التسليم حكميا ايضا :

١ ـ اذا ابقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشترى .

٢ ـ اذا انذر البائع المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل » .

أنظر النص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٧٦) ومذكرته الايضاحية ومناقشة اللجان له فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧ ـ ٧٠ .

وانظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢٦٢ ـ ٢٧٧ من المجلة والمواد ٤٣٤ ـ ٤٤٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٣)

اذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٩ / ٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا تضمن العقد أو اقتضى العرف ارسال المبيع الى المشترى فلا يتم التسليم الا اذا جرى ايصاله اليه ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٧٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا التزم البائع بارسال المبيع الى مكان معين ، فلا يتم التسليم الا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٧١ و ٧٢ .

وانظر فى الفقه الاسلامى م ٢٨٧ و ٢٩٣ من المجلة و م ٤٤٦ من مرشد الحيران و م ٣٤١ و ٣٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلى .

(مادة ٤٠٤)

اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الذى أداه ، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٧ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، الا اذا كان الهلاك بعد أعذار المشترى لتسلم المبيع » .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد فى المادة المقترحة بحيث يكون الهلاك لسبب لا يد للبائع ولا للمشترى فيه ، لأن هذا هو المقصود بالحكم المنصوص عليه . فاذا كان الهلاك بفعل البائع ، كان هو المسئول عن الهلاك فيرد الثمن الى المشترى ، كما يكون مسئولا عن تعويض المشترى عما أصابه من الضرر . واذا كان الهلاك بفعل المشترى ، كان هو المسئول عن الهلاك ووجب عليه دفع الثمن الى البائع . وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه الى نص خاص . وقد كان هذا النص موجودا فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٥٨٣) ، ولكنه حذف لأنه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٧٧ و ٧٨ فى الهامش .

ولهذا رؤى عدم ايراد مثل هذا النص الخاص ، على خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ، وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم . فيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد امانة . انظر فى هذا المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٥٨١ ـ ٥٨٣) . وانظر م ٢٩٣ و ٢٩٤ من المجلة و م ٤٦٠ ـ ٤٦٢ من مرشد الحيران و م ٣٥١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التى تنص على أن « ما كان من ضمان البائع اذا عرضه على المشترى فامتنع عن قبضه لغير مانع صار فى ضمان المشترى »

والمادة المقترحة تقابل المواد ٤٧٨ و ٤٧٩ و ٤٨٠ من التقنين الكويتى .

فالمادة ٤٧٨ من هذا التقنين تنص على انه « اذ هلك المبيع قبل تسليمه لسبب اجنبى لا يد لأحد العاقدين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى ما أداه من الثمن ، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

والمادة ٤٧٩ تنص على انه « اذا هلك المبيع فى جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبى لا يد لأحد العاقدين فيه، كان للمشترى الحق فى انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك او التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك أو التلف حاصلا قبل اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

والمادة ٤٨٠ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشترى بقى ملتزما بالثمن كاملا .

٢ – فاذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع الى البائع ، كان المشترى بالخيار بين فسخ البيع أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون اخلال بحقه فى التعويض ان كان له مقتض » .

وتقابل المواد ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٥٠٠ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى ما أداه من الثمن .

٢ – فاذا تلف بعض المبيع يخير المشترى ان شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقى بحصته من الثمن » .

والمادة ٥٠١ تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشترى اعتبر قابضا للمبيع ولزمه أداء الثمن .

٢ – اذا كان للبائع حق الخيار فى هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشترى مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقى منه » .

والمادة ٥٠٢ تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشترى الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

٢ – واذا وقع الاتلاف على بعض المبيع كان للمشترى الخيار بين الأمور التالية :

(أ) فسخ البيع .

(ب) أخذ الباقى بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

(ج) امضاء العقد فى المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف » .

وتقابل المادتين ٥٤٧ و ٥٤٨ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٤٧ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يهلك على البائع ولاشىء على المشترى ، الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع . واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن .

٢ – على أنه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشترى أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملا فى الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض فى الحالة الثانية » .

والمادة ٥٤٨ تنص على ما ياتى :

« ١ – ما يقبض على سوم الشرا مع تسمية الثمن اذا هلك أو ضاع فى يد القابض ، لزمه الضمان . أما اذا لم يسم له ثمن كان أمانة فى يده ، فلا يضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ – وما يقبض على سوم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة فى يد القابض ، فلا يضمن اذا هلك دون تعد » .

وواضح من هذه النصوص ، سواء فى التقنين الكويتى أو التقنين الاردنى أو التقنين العراقى ، ان أحكامها تتفق مع أحكام المادة المقترحة وما يكملها من القواعد العامة وفقا لما تقدم بيانه . وذلك فيما عدا ان التقنين العراقى يزيد على ذلك فيبين من يتحمل تبعة الهلاك فى القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر مستمدا ذلك من أحكام الفقه الاسلامى .

وفى الفقه الاسلامى يد القابض على سوم الشراء ، اذا سمى الثمن ، يد ضمان . واذا لم يسم الثمن فى سوم الشراء . وسواء سمى أولم يسم فى سوم النظر ، فان يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشىء على المالك لاعلى القابض (م ٢٩٨ و ٢٩٩ من المجلة وم ٥٤٨ مدنى عراقى) .

(مادة ٤٠٥)

اذا هلك بعض المبيع أو أصابه تلف قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، جاز للمشترى اما أن يطالب فسخ البيع اذا كان النقص فى قيمة المبيع جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . وأما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع ، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : «اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن » .

والحكم الذى يتضمنه نص التقنين الحالى هو الحكم ذاته فى المادة المقترحة بحسب ما يستخلص من سياق النصوص فى هذا التقنين . فما أضيف فى المادة المقترحة انما يرجع الى الرغبة فى الايضاح .

وهنا أيضا ، على غرار ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ، روى عدم ايراد نص خاص يتناول حكم الهلاك الجزئى أو التلف الذى يرجع الى فعل البائع أو الى فعل المشترى ، على خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام ان مثل هذا النص لن يكون سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى . انظر فى هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ و ٤٨ . وكذلك المادة ٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة باشراف مجمع البحوث الاسلامية ، ومذكرتها الايضاحية ، والمادتين ٦٩ و ٧٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥٤٧ / ١ من التقنين العراقى ، حيث جاء فيها : « ... واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٠٠ / ٢ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « فاذا تلف بعض المبيع يخير المشترى أن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقى بحصته من الثمن » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٧٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا هلك المبيع فى جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبى لا يد لاحد العاقدين فيه ، كان للمشترى الحق فى انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك أو التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك أو التلف حاصلا قبل اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

(مادة ٤٠٦)

يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى يدعى أن له حقا متعلقا بالمبيع وقت البيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزما بالضمان أيضا ، ولو أدعى الأجنبى حقا نشأ بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ ـ تعديل عبارة « فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق » الى « فعل أجنبى يدعى أن له حقا » . وذلك توخيا للدقه فى التعبير ، اذ ان التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن هذا الادعاء على أساس .

٢ ـ تعديل عبارة « حق على المبيع » الى « حقا متعلقا بالمبيع » ، وذلك حتى يشمل النص الحق العينى والحق الشخصى .

٣ ـ تعديل عبارة « ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع » الى « ولو ادعى الأجنبى حقا نشأ بعد البيع » . وذلك ايضا توخيا للدقة فى التعبير ، اذا أن التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن المتعرض محقا فى ادعائه .

٤ ـ تعديل عبارة « اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » الى « اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع » ، لأن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل الى الغير نتيجة لفعل البائع ، وهذا يشمل ما اذا كان الأجنبى قد استمد حقه من البائع ، كما يشمل ما اذا كان الحق قدآل الى الأجنبى نتيجة لفعل البائع ولو لم يكن الحق مستمدا من البائع نفسه .

(أنظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٨٤) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذى ادخل عليها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٠ ـ ٨٣) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى يدعى أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشترى .

٢ ـ ويثبت ضمان التعرض ، ولو لم ينص عليه فى العقد » .

وتتق فى حكمها مع المادة ٥٠٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يضمن البائع سلامة المبيع من أى حق للغير يعترض المشترى اذا كان سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع .

٢ ـ ويضمن البائع أيضا اذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع ناشىء عن فعله » .

وتتفق فى حكمها مع المادتين ٤٨١ و ٤٨٢ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٤٨١ من هذا التقنين تنص على أن « يلتزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك » .

والمادة ٤٨٢ تنص على أن « يضمن البائع التعرض للمشترى فى المبيع كله أو بعضه من أى شخص يدعى حقا على المبيع يحتج به على المشترى ، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع أو كان نتيجة لفعله » .

أنظر فى الفقه الاسلامى : مرشد الحيران م ٤٢٨/٣و٤٩١و٤٩٣ ، و٤٩٥ ـ ٥٠٢ و ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ ـ ٥١١ .

: المجلة م ٦١٦ .

: مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك باشراف مجمع البحوث الاسلامية م ٧٢ .

(مادة ٤٠٧)

١ - اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع ، وجب عليه أن يبادر الى اخطار البائع بذلك ، ويكون على البائع بحسب الأحوال ان يتدخل فى الدعوى الى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله .

٢ - فاذا تم الاخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى، وجب عليه الضمان ، الا اذا اثبت ان الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه .

٣ - واذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات ، ان يتدخل فى الدعوى الى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله » .

وقد عدلت فى هذه الفقرة عبارة « وأخطر بها البائع » الى « وجب عليه أن يبادر الى اخطار البائع بذلك » ، وذلك لاظهار أن الاخطار واجب يقع على المشترى ، مادام أن عدم القيام به يؤدى الى فقد حقه فى الرجوع بالضمان . وعدلت كلمة « كان » الى « ويكون » لان سياق العبارة يقتضى ذلك . وحذفت عبارة « ووفقا لقانون المرافعات » ، لأنها من قبيل التزيد .

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٣ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع كليا أو جزئيا وجب عليه المبادرة بادخال البائع فيها .

٢ - فاذا لم يقم بادخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائى ، سقط الضمان عن البائع اذا ثبت ان ادخاله فى دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدى الى رفضها » .

وتقابل المادة ٥٠٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - الخصومة فى استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب ان توجه الى البائع والمشترى معا .

٢ - فاذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع ، وأراد المشترى الرجوع على البائع ، وجب ادخاله فى الدعوى » .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لا يرجع المشترى بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره أو بنكوله ، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول معه فى الدعوى فلم يفعل . هذا مالم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق » .

والسند الشرعى لحكم المادة المقترحة هو ماتقتضيه المحافظة على مصالح وحقوق البائع وتمكينه من دفع دعوى الاستحقاق ، وبذلك يسلم له ملكه وينفذ عقده ، وفى هذا مصلحة أيضا للمشترى .

انظر المادتين المقابلتين لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٨٥ و ٥٨٦) ومذكرتهما الايضاحية والتعديلات التى ادخلت عليهما فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٨٤ - ٨٨ .

(مادة ٤٠٨)

يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون ان ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد اخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم فلم يتدخل البائع فيها . هذا مالم يثبت البائع ان الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٤١ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه ان يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه » .

وقد عدلت فى هذه المادة عبارة « ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل » الى « فلم يتدخل البائع فيها » . وعدلت عبارة « كل ذلك » الى « هذا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لا يرجع المشترى بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره أو بنكوله ، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول معه فى الدعوى فلم يفعل . هذا مالم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق » .

وتقابل المادتين ٥٠٧ و ٥٠٨ من التقنين الاردنى :

فالمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على انه « لايملك المشترى الرجوع على البائع اذا كان الاستحقاق مبنيا على اقراره أو نكوله عن اليمين » ٠

والمادة ٥٠٨ تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا صالح المشترى مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وانكر البائع حق المدعى ، كان للمشترى ان يثبت ان المدعى محق فى دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن الى المشترى ٠

٢ ـ واذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشترى بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » ٠

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (٥٨٧) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذى ادخل عليها فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٨ ـ ٩٠ ٠

وفى الفقه الاسلامى نصف المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتى :

«لا يرجع المشترى بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينه ٠ فان ثبت استحقاقه باقرار المشترى أو وكيله أو بنكول المشترى أو وكيله ، فلا يكون له حق فى الرجوع على البائع » ٠ وحكم المادة المقترحة يعتد باقرار المشترى فى ظروف تفيد اقرار البائع بدعوى الأجنبى ، وذلك فى ضوء حسن نية المشترى فى اقراره واخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم فلم يتدخل وعجز البائع عن اثبات عدم استحقاق الأجنبى ٠ وفى هذا مايتفق بمفهوم المخالفة مع حكم المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران ٠

(مادة ٤٠٩)

اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو باداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بان يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع جميع المصروفات ٠

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « الفوائد القانونية » ٠

وهى تقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الاردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ اذا صالح المشترى مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وانكر البائع حق المدعى ، كان للمشترى ان يثبت أن المدعى محق فى دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن الى المشترى ٠

٢ ـ واذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشترى بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » ٠

وتقابل المادة ٥٥٢ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا اثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشترى على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشترى ان يرجع على بائعه بالضمان » ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالى (م٥٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩١ و ٩٢ ٠

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من الصلح المشار اليه فى المادة السابقة ، وذلك بدفع عوض لمدعى الاستحقاق ٠ وهذه الصورة تستند الى القاعدة الشرعية التى تقضى بان من ادى مالا حفظ به مال غيره كان له أن يسترده ٠ اذ المفروض فى هذا وفى ضوء المادة السابقة أن المشترى فيما قام به كان حسن النية وانه أخطر البائع ودعاه الى التدخل فلم يفعل وان البائع عجز عن اثبات عدم استحقاق الأجنبى ٠

(مادة ٤١٠)

اذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى ان يطلب من البائع :

١ ـ ثمن المبيع ٠

٢ ـ قيمة الثمار التى الزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ٠

٣ ـ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى ان يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سئ النية ٠

٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ماكان المشترى يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى ٠

٥ ـ وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ٠

هذه المادة تقابل المادة ٤٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ٠

٢ ـ قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ٠

٣ ـ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سئ النية ٠

٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى ٠

٥ ـ وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ٠

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » ٠

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استعيض عن البند الاول من هذه المادة بالعبارة الآتية : « ثمن المبيع » .

٢ - حذفت العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهى التى تقول : «كل هذا مالم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله» .

وحكم المادة المقترحة فى رجوع المشترى على البائع بالثمن عند الاستحقاق يتفق مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن « البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير » . راجع أيضا المادتين ٤٩٩ و ٥٠٠ ، والمواد من ٥٠١ الى ٥٠٤ من مرشد الحيران .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا استحق المبيع على المشترى وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت ، وله أن يسترد أيضا قيمة الثمار التى الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التى صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ماكان يستطيع المشترى أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى .

٢ - أما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التى انفقها على المبيع وأن يطلب تعويضا عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الاردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ - اذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن اذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشترى .

٢ - فاذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشترى ان يرجع على البائع بالثمن .

٣ - ويضمن البائع للمشترى ما أحدثه فى المبيع من تحسين نافع مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق .

٤ - ويضمن البائع أيضا للمشترى الاضرار التى نشأت باستحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٤٨٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا استحق المبيع كله ، كان للمشترى ان يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

٢ - ومع ذلك يقتصر حق المشترى على استرداد الثمن ، اذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق » .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (٥٨٩) ومذكرته الايضاحية والتعديلات التى ادخلت عليها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٤ - ٩٨ .

(مادة ٤١١)

١ - اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بحق أو قيد ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علم به لما أتم العقد ،كان له أن يرد المبيع وما أفادة منه على ان يعوضه البائع على النحو المبينفى المادة السابقة .

٢ - فاذا اختار المشترى استيفاءالمبيع . أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه » .

وقد استبدلت فى هذه الفقرة عبارة « أو وجد مثقلا بحق أو قيد » بعبارة « أو وجد مثقلا بتكليف » للايضاح . فقد يكون المبيع ، مثقلا بحق ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق امتياز أو ضريبة تحسين ترتبت على أعمال المنافع العامة . وقد يكون مثقلا بقيد ، كالقيد الناشىء من اعتماد خط التنظيم . ولكن لا يدخل فى معنى القيد ما يفرضه القانون بصفة عامة على جميع الأملاك .

كما أدخل على هذه الفقرة تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فانها مطابقة للفقرة الثانية من من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى استحقاق بعض المبيع . فقد نصت المادة ٥٠٥ من مرشد الحيران على أنه « اذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع فى القدر المستحق ويخير المشترى فى الباقى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أم لا » .
كما نصت المادة ٥٠٦ على أنه « اذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره . ثم ان أحدث الاستحقاق عيبا فى الباقى يخير المشترى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق . وان لم يحدث عيبا فى الباقى يأخذه المشترى بلا خيار ويرجع بحصة المستحق » .

والنص المقترح يعبر عن وجود عيب فى المبيع بقوله ان خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علم به لما اتم العقد ، اذ أن المقصود بالعيب فى تعبير الفقه الاسلامى هنا هو تفريق الصفقة على المشترى وما يسببه من خسارة .

والتعويض المشار اليه فى حالة استبقاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة الحد المبين فى الفقرة الأولى يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالاضافة الى تعويض الخسائر الأخرى .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٨٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع ، او ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه على أن يعوض فى حدود ما تقضى به المادة السابقة .

٢ – فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة الأولى ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقا لما تقضى به المادة السابقة » .

وتقابل المادة ٥٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلا بتكليف لاعلم للمشترى به وقت العقد ، كان للمشترى أن يفسخ العقد .

٢ – واذا اختار المشترى الباقى من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشترى أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق .

٢ – واذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيبا فى الباقى كان للمشترى رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقى بحصته من الثمن وان لم يحدث عيبا وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشترى الا الرجوع بحصة الجزء المستحق .

٣ – فاذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشترى الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن» .

(مادة) ٤١٢

لا يضمن البائع حقا او قيدا يثقل المبيع اذا كان قد ابان عنه للمشترى او كان هذا القيد قيدا قانونيا على الملكية .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يعفى البائع مع ضمان حق أو قيد يكون المبيع مثقلا به اذا أبان عنه للمشترى . ذلك ان قبول المشترى للمبيع بعد ان أبان البائع عما يثقله من حق أو قيد يستفاد منه نزول المشترى عن الضمان ، وبالتالى اعفاء البائع منه . غير أنه اذا كان القيد الذى يثقل المبيع قيدا قانونيا على الملكية ، بحيث يفرضه القانون على جميع الملاك ، فلا يضمنه البائع سواء أبان عنه للمشترى أولم يبين عنه ، وسواء ثبت أن المشترى يعرفه أو لم يثبت ، مادام أنه قيد يفرضه القانون ويفترض علم المشترى به .

والواقع أن قيود الملكية بهذا المعنى ، كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، اذ أنها قيود قانونية مفروضة على جميع الملاك .

ولذلك لا يضمنها البائع حتى لو ضمن خلو المبيع من حقوق الارتفاق

وقد رؤى فى ظل المادة المقترحة ان يستغنى عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » .

فاذا كان المبيع مثقلا بحق ارتفاق ، فلا يضمنه البائع اذا كان قد أبان عنه للمشترى ، وذلك طبقا لما تقضى به المادة المقترحة . واذا كان حق الارتفاق ظاهرا ، ولم يبين عنه البائع للمشترى ، سرى حكم القواعد العامة ، حيث يتحمل البائع بالضمان ولا يكفى لاسقاط هذا الضمان أن يكون المشترى عالما بحق الارتفاق . وليس هناك ما يدعو الى الابقاء على حكم التقنين الحالى الذى يقضى بعدم الضمان اذا كان حق الارتفاق ظاهرا حتى ولو لم يبين عنه البائع للمشترى ، فهذه خصوصية ترجع الى تقاليد القانون الرومانى ولم يعد هناك مبررا للأخذ بها .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لا يضمن البائع حقا ينقص من انتفاع المشترى بالمبيع اذاكان قد أبان عنه للمشترى وقت التعاقد أو كان هذا الحق ارتفاقا ظاهرا أو ناشئا عن قيد قانونى على الملكية » .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القبول الضمنى من جانب المشترى مادام البائع قد أبان له عما يثقل المبيع من حق أو قيد . أما القيد القانونى على الملكية فهو قيد عام يفترض علم الكافة به .

(مادة ٤١٣)

١ – لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق او انقاصه او اسقاطه .

٢ – ولا يمنع علم المشترى بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع .

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٤٥ والمادة ٤٤٦ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٤٥ فقرة أولى وثالثة من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الاجنبى .

والمادة ٤٤٦ تنص على ما يأتى :

١ - اذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، الا اذا اثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار » .

وتقابل المادتين ٥٥٦ و ٥٥٧ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٥٦ من هذا التقنين تطابق المادة ٤٤٥ من التقنين المصرى الحالى .

والمادة ٥٥٧ تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد الثمن فقط » .

وتقابل المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٤٨٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو اسقاطه .

٢ - ومع ذلك يقع باطلا كل شرط بانقاص الضمان أو اسقاطه . اذا كان البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئا عن فعله » .

والمادة ٤٨٨ تنص على أنه « اذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فان البائع يكون مع ذلك مسئولا عن رد الثمن . الا اذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » .

وقد روى فى المادة المقترحة الأخذ بما يخالف الأحكام الواردة فى التقنين المصرى الحالى والتقنين العراقى والتقنين الكويتى على نحو يكون الحكم فيه مطلقا .

فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو اسقاطه ، سواء تعمد البائع اخفاء سبب الاستحقاق أو لم يتعمد ذلك . ويكون البائع مسئولا عن أى استحقاق، سواء نشأ هذا الاستحقاق من فعله أو نشأ من فعل الغير ، وسواء كان المشترى يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو لايعلمه . وحتى لو كان المشترى قد اشترى ساقط الخيار .

وذلك اتساقا مع ما قرره المشروع فى المادة ٢٢٩ منه التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

٢ - وكذلك لايجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى » .

وقد رأينا أن هذا الحكم يخالف ما نصت عليه المادة ١/٢١٧ و ٢ من التقنين المصرى الحالى والمادة ١/٢٥٩ و ٢ من التقنين العراقى والمادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتى .

ورأينا ماجاء فى المادة ٥/٢٢٩ من المشروع قد روعى فيه مبدأ أساسى فى الشريعة الاسلامية ، هو ما جاء فى الآية الكريمة : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لايسوغ معه أن يتفق مقدما على زيادة مسئولية المدين أو الاعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعى هو الذى روعى أيضا فى حكم المادة المقترحة .

فهذا المبدأ من ناحية يدعو الى عدم الزام المتعاقد بأكثر مما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على تحميل البائع بما يزيد فى ضمان الاستحقاق . ويوجب من ناحية أخرى الزام المتعاقد بما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على انقاص ضمان الاستحقاق الذى يقع على عاتق البائع او اسقاطه عنه . وما تقضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المشترى بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع . اذ أن المشترى قد يعتقد أن البائع سيحصل على ملكية المبيع من مالكه الحقيقى أو أنه سيدفع تعرض الأجنبى الذى له حقوق أخرى متعلقه بالمبيع . فاذا لم يتحقق ما يعتقده المشترى ، فاستحق المبيع كله أو بعضه رجع المشترى بضمان الاستحقاق على البائع .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد . فقد نصت المادة ٤٩٢ من مرشد الحيران على أنه « لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط » .

كما نصت المادة ٤٩٤ من مرشد الحيران على أن « علم المشترى بكون المبيع ليس ملكا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

كما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٥٠٦ من التقنين الأردني وهي تطابق المادتين ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤١٤)

١ – يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

٢ – ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، او كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، الا اذا أثبت المشتري ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « في هذا الوقت » في الفقرة الأولى للايضاح ، اذ أن شرط وقت التسليم يسري على الحالتين المنصوص عليهما في صدر المادة .

وتقابل المادتين ٥٥٨ و ٥٥٩ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٥٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى .

٢ – والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبره أو مايفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم » .

والمادة ٥٥٩ تنص على أنه « لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، الا اذا اثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشا منه » .

وتقابل المواد ٤٨٩ و ٤٩١ و ٤٩٨ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٩٣ من هذا التقنين تنص على ان « يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لأحكام المادة ٤٨٥ اذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له » .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « لايضمن البائع عيبا كان المشتري يعرفه وقت البيع ، او كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، الا اذا اثبت المشتري ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد اخفاءه غشا منه » .

والمادة ٤٩٨ تنص على أنه « اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان للمشتري ان يطلب فسخ البيع مع التعويض ، أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات » .

وتقابل المواد ٥١٢ / ٢ و ٥١٣ / ٢ و٣ و ٤ و ٥١٤ / ١ و ٢ و٣ من التقنين الأردني :

فالمادة ٥١٢ / ٢ من هذا التقنين تنص على أن « تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب (أنظر م ١٩٣–١٩٨) على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية : »

والمادة ٥١٣ / ٢ و ٣ و ٤ تنص على ما يأتي :

٢ – ويعتبر العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

٣ – يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع .

٤ – يشترط في العيب القديم ان يكون خفيا والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أولا يتبينه الشخص العادي أولا يكشفه غير خبير أولا يظهر الا بالتجربة » .

والمادة ٥١٤ / ١ و ٢ و ٣ تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم في الحالات الآتية :

١ – اذا بين البائع عيب المبيع حين البيع .

٢ – اذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب .

٣ – اذا ارضى المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر » .

ويتضح من هذه النصوص ان شروط العيب الموجب للضمان واحدة في النص المقترح والتقنين المصري الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي والتقنين الأردني .

وهذه الشروط هي الشروط ذاتها في الفقه الاسلامي : انظر في هذا المواد ٣٣٨ – ٣٤١ من المجلة ، والمواد ٥١٤ – ٥١٧ من مرشد الحيران ، والمواد ٨٤ و ٨٥ و ٩٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفه ، والمادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر في تخلف صفه كفل البائع للمشتري وجودها فيه : م ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي (م ٥٩٣ و ٥٩٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٠٩ – ١١٣ .

(مادة ٤١٥)

لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يعتبر البيع منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب الا ما جرى العرف على التسامح فيه » .

وتتفق فى حكمها أيضا مع ما يقرره الفقه الاسلامى ، حيث من قواعده الكلية أن « العادة محكمة . . . » (م ٣٦ من المجلة) . ويتفرع عن ذلك أن . . « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م ٤٥ من المجلة) ، وأن « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » (م ٤٣ من المجلة) ، وان «استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) ، وان « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م ٤٤ من المجلة) . انظر ما لا يعد عيبا فى العرف فى المادة ٥٢٣ من مرشد الحيران والمادة ٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٤١٦)

اذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف فى التعامل . فاذا كشف عيبا يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢ ـ اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٦٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٩٢ من التقنين الكويتى .

وما يقضى به النص المقترح من وجوب اخطار البائع بالعيب أمر تفرضه طبيعة الأشياء وما هو مألوف فى التعامل ، وهو ما يقره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٠٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا حصل من المشترى بعد اطلاعه على عيب المبيع ما يدل عرفا على الرضى بالعيب من قول أو فعل أو سكوت عن طلب الرد بالعيب أكثر من يومين بغير عذر سقط حقه فى الرد به » .

(مادة ٤١٧)

اذا اخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له ان يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤١١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع جاء فى صدر المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لأحكام المادة ٤٨٥ اذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ...... » .

وتقابل المادة ٥٥٨ / ١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه «اذا ظهر فى المبيع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بالثمن المسمى » .

وتقابل المادة ٥١٣/ ١ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه «اذا ظهر فى المبيع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن » .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد ٣٣٧ و ٣٥١ و ٣٥٢ من المجلة والمواد ٥١٩ ـ ٥٢٣ من مرشد الحيران .

فقد جاء فى المادة ٥١٩ من مرشد الحيران ما يأتى : « ما بيع بيعا مطلقا منقولا كان او عقارا وظهر للمشترى عيب قديم فيه فله الخيار أن شاء قبله بكل المسمى وان شاء رده واسترد الثمن ان كان نقده للبائع » . ونصت المادة ٥٢٠ على أنه « اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشترى مخير أن شاء قبلها بالثمن المسمى وأن شاء رد جميعها . وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم » . ونصت المادة ٥٢١ على أنه « اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فان لم يكن فى تفريقها ضرر فللمشترى أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له أن يرد الجميع بدون رضى البائع . وان كان فى تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن » .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٥٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٢٢ ـ ١٢٤ .

(مادة ٤١٨)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٥٦٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن » .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذاهلك المبيع المعيب بعيب قديم فى يد المشترى أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٥٩٧) والتعديل الذى أدخل عليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٤

وانظر فى الفقه الاسلامى المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٤١٩)

١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم اذا ثبت أنه ثبت تعمد أخفاء العيب غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) استبدلت عبارة « لا تسمع دعوى ضمان العيب » فى الفقرة الأولى بعبارة « تسقط بالتقادم دعوى الضمان » مراعاة للخطة التى جرى عليها المشروع وهى الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوى بالحق بدلا من فكرة انقضاء الحق أو سقوطه بالتقادم التى يأخذ بها التقنين الحالى .

(٢) أضيف فى الفقرة الأولى ما يفيد أن يكون تسليم المبيع تسليما فعليا ، لأن هذا التسليم هوالذى يتيح للمشترى أن يكشف العيب ، فلا يكفى التسليم الحكمى . وبذلك يتسق الحكم مع ما هو مقرر فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع من أن التسليم يجب أن يكون تسليما فعليا (م ٤٠١ من المشروع و م ٤٣٤ من التقنين الحالى) .

(٣) استبدلت عبارة « أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم » فى الفقرة الثانية بعبارة « أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تسقط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه » .

وتتفق فى حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٧٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن اخفاء العيب كان بغش منه » .

وتتفق فى حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٢١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن اخفاء العيب كان بغش منه » .

والسند الشرعى للمادة المقترحة مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان قطعا للخصومة فى أقل وقت ممكن ، ما لم يقبل البائع مدةأطول من سنة لعدم سماع الدعوى أو يرتكب غشا باخفاء العيب .

(مادة ٤٢٠)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد أخفاء العيب فى المبيع غشا منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٦٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا ذكر البائع أن فى المبيع عيبا فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر .

٢ ـ واذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب . ولكن فى الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفى الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث »

والمادة ٥٦٨ ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة المقترحة ، تنص على ما ياتى :

« ١ - يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .

٢ - على أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب » .

وتقابل المادة ٥١٤/٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما ياتى :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية :

٤ - اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب أو كان المشترى بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المجلة والمادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيران . فقد نصت المادة ٥١٧ من مرشد الحيران على انه « اذا ذكر البائع أن فى المبيع عيبا فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر ولو قبله المشترى بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر » .

أما فى حالة تعمد البائع اخفاء العيب فى المبيع غشا منه ، فيبطل شرط اسقاط الضمان أو انقاصه . انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه الا من العيوب التى لا يعلمها ، أما التى علمها وأخفاها عن المشترى فلا يبرأ منها لأن هذا من باب الغش .

(مادة ٤٢١)

لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا تمت بطريق المزاد العلنى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ / ٥ من التقنين الأردنى التى تنص على ما ياتى :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية :

٥ - اذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الادارية » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٩) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول : « بيع القاضى أو الوارث لشىء من تركه الميت لقضاء ديونه أو تنفيذ وصيته بيع براءة وان لم تشترط البراءة وقت البيع . فليس للمشترى أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قديم لم يعلم به القاضى أو الوارث والافله الرد به » .

(مادة ٤٢٢)

اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى ان يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وان يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع خلالها ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره .

٢ - فاذا لم يقم البائع باصلاح الخلل ، كان للمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض أو ان يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفى الحالين يجب رفع الدعوى فى مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل هذا ما لم يتفق على خلافه » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٠١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٠ و ١٣١) .

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من صور خيار الوصف . وسنده الشرعى ما نصت عليه المادة ٣١٠ من المجلة ، حيث تقول : « اذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى » . وما نصت عليه المادة ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول « اذا شرط المشترى عند عقد البيع وجود وصف فى المبيع له فيه غرض أو جرى العرف بوجود ذلك الوصف فيه أو اعتقد وجوده فيه بسبب تغرير فعلى من البائع ثم تبين له بعد العقد عدم وجود هذا الوصف فله الخيار فى رد المبيع أو التمسك به » .

التزامات المشترى :

(مادة ٤٢٣)

يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يتم فيه البيع ، مالم يوجد اتفاق أوعرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . اذ أنه وفقا للقواعد العامة يسلم المبيع فى الوقت الذى يتم فيه العقد .

وتقابل المادة ٥٧٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا .

٢ ـ ويجب على المشترى أن ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد ان أحضر لبائع السلعة . أما اذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معا » .

وتقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « على المشترى تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع او المطالبة به ، مالم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١/٥٠٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أن «يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٢٥١ من المجلة على أن « البيع المطلق ينعقد معجلا . أما اذا جرى العرف فى محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلا أو مقسطا باجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل » . ونصت المادة ٤٢٤ من مرشد الحيران على أن « البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية » .

وانظر المادة ٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب أبى حنيفة .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ١٣٥ ـ ١٣٧ .

(مادة ٤٢٤)

يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى يسلم فيه المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن . وهذا كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ ـ فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن » .

وقد رؤى ادماج هاتين الفقرتين ، والتنويه فى نهاية المادة بجواز مخالفة كل أحكامها باتفاق أو عرف ، رغبة فى الايضاح .

والمادة المقترحة تتفق فى أحكامها مع المادة ٥٧٣ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان مكان أداء الثمن معينا فى العقد لزم أداؤه فى المكان المشترط أداؤه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب أداؤه فى المكان الذى يسلم فيه المبيع ، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به فى موطن المشترى وقت الاستحقاق مالم يوجد عرف أو قانون يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى أحكامها مع المادة ٥٠١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الثمن مستحق الأداء فى المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب ادؤه فى موطن المشترى .

٢ ـ وذلك كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وتقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يلزم المشترى تسليم الثمن المعجل فى مكان وجود المبيع وقت العقد مالم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك .

٢ - اذا كان الثمن دينا مؤجلا على المشترى ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به فى مكان معين ، لزم أداؤه فى موطن المشترى وقت حلول الأجل » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى لهذا التقنين (م ٦٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٣٦ و١٣٧ .

وانظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٥١ من المجلة و ٤٢٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٢٥)

١ - اذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشترى ، أو اذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب التأخير فى الوفاء بالثمن ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه ، من وقت تمام البيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على نحو يتفق مع الخطة التى سار عليها المشروع من تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به (م ١/٢٣٥ من المشروع) . حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٣٦ منه والتى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » . فطبقا لهذه القاعدة ، يجوز للبائع أن يطالب بتعويض **الضرر الذى لحقه بسبب التأخير فى الوفاء بالثمن، اذا كان الثمن مستحق** الأداء وأعذر البائع المشترى ، أو اذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة المقابلة فى التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع ومع ذلك اذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه ، لا يكون للمشترى من الثمار الا بقدر ما أداه من الثمن . وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بخلافه » .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء الا اذا أعذر المشترى أو سلمه الشىء المبيع وكان هذا قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقا للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٨٠ من مرشد الحيران على أن « الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقا للمشترى »... ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشترى ثمار المبيع وعليه تكاليفه .

(مادة ٤٢٦)

١ - اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا مالم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الأجل وفقا لاحكام المادة ٢٦١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « الاداء » بكلمة « الدفع » فى الفقرة الأولى ، واستبدال كلمة « وفقا » بكلمة « طبقا » فى الفقرة الثانية ، وتغيير رقم المادة المحال عليها فى هذه الفقرة من ٢٧٣ الى ٢٦١ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ و ٥٨٠ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٧٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفى ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبسه الى أن يستوفى الثمن الحال ، سواء سمى لكل منها ثمن أولم يسم .

٢ – حق اعطاء المشترى رهنا أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس » .

والمادة ٥٧٨ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه الى أن يستوفى الثمن .

٢ – وقبض المشترى المبيع بدون اذن البائع قبل اداء الثمن لايكون معتبرا ، وللبائع حق استرداده . فان هلك المبيع أو تعيب وهو فى يد المشترى ، ينقلب القبض معتبرا ، ويلزم المشترى باداء ما فى ذمته من الثمن » .

والمادة ٥٧٩ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له فى حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه الى المشترى ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .

٢ – على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن ، اذا كان المشترى قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان فى حالة اعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشترى كفالة » .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٠٧ فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، ولكن لجنة المراجعة عدلتها بحذف الجزء الأخير منها واحالة الحكم الوارد فيه على المادة الخاصة بسقوط حق المدين فى الأجل ، وذلك على النحو الوارد فى المادة المقترحة والمادة ٤٥٩ من التقنين الحالى .

والمادة ٥٨٠ تنص على انه « اذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه الى أن يستوفى الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدى للبائع حقه من ثمنه . فان زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء وان نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للغرماء فيما بقى له » .

وتقابل المواد ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٣٠ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٥٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشترى رهنا او كفالة .

٢ – فاذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه فى احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشترى » .

والمادة ٥٢٤ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا قبض المشترى المبيع قبل أداء الثمن على مرأى من البائع ولم يمنعه كان ذلك اذنا بالتسلم .

٢ – واذا قبض المشترى المبيع قبل أداء الثمن بدون اذن البائع كان للبائع استرداده ، واذا هلك أو تعيب فى يد المشترى اعتبر متسلما الا اذا شاء البائع استرداده معيبا » .

والمادة ٥٣٠ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا تسلم المشترى المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع ويكون الثمن دينا على التركة والبائع اسوة سائر الغرماء .

٢ – واذا مات المشترى مفلسا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه .

٣ – واذا قبض البائع الثمن ومات مفلسا قبل تسليم المبيع كان المبيع أمانة فى يده والمشترى أحق به من سائر الغرماء » .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى : أنظر فى هذا : المواد من ٢٧٨ الى ٢٩٧ من المجلة ، والمواد من ٤٥٤ الى ٤٥٩ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

(مادة ٤٢٧)

١ ـ اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل اليه من البائع ، او اذا خيف لأسباب جدية ان يستحق المبيع، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم ضمانا .

٢ ـ ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ ـ فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٣ ـ ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع » .

وقد استبدلت فى الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة « أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع » بعبارة « أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى » وعبارة « أو يزول خطر الاستحقاق » بعبارة « أو يزول الخطر » ، وكلمة « ضمانا » بكلمة « كفيلا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٢ ـ ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن » .

وتقابل المادة ٢/٥٠٠ و ٣ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ ـ فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو نتيجة لفعله ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشترى مالم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهى التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٣ ـ ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب فى المبيع » .

وتقابل المادة ٥٢٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع مستندة الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع جاز للمشترى أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلا مليئا يضمن للمشترى رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب الى المحكمة تكليف المشترى ايداع الثمن لديها بدلا من تقديم كفيل .

٢ ـ ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا تبين المشترى فى المبيع عيبا قديما مضمونا على البائع » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص١٣٦

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أن « لكل من العاقدين حبس عوضه الحال ابتداء ان خاف فوته حتى يقبض مقابلة ، أما المؤجل وان حل فليس لأحدهما حبس مقابله حتى يقبضه » .

ونصت المادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه : « اذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن أن اثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف » .

(مادة ٤٢٨)

اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه المالكى الذى يرى أن ضمان المبيع ينتقل الى المشترى بمجرد العقد ولو لم يقبضه من البائع .

(مادة ٤٢٩)

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار أن لم يؤد المشترى الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦١ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « لأداء الثمن » بعبارة « لدفع الثمن » ، واستبدل عبارة « ان لم يؤد المشترى الثمن » بعبارة « ان لم يدفع الثمن » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « فى بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق فى اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار اذا لم يؤدى المشترى المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك أو كان الباقى من الثمن المستحق يسيرا » .

وتقابل المادة ٥٢٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا حدد فى البيع موعد لاداء الثمن واشترط فيه انه اذا لم يؤد المشترى الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فان لم يؤده والمبيع لم يزل فى يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٣١٣ من المجلة على أنه « اذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا وأن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النقد » .

ونصت المادة ٣١٤ على أنه « اذا لم يؤد المشترى الثمن فى المدة المعينة كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا » .

(مادة ٤٣٠)

اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى الوقت الذى يتم فيه العقد وفى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون أبطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وقد أضيف الى نص التقنين الحالى عبارة « فى الوقت الذى يتم فيه العقد » استكمالا للحكم .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٥٨٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة يتفق حكمها مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٢٨٥ من المجلة على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع فى المحل الذى هو موجود فيه حينئذ » . ونصت المادة ٢٨٧ على أنه « اذا بيع مال على أن يسلم فى محل كذا لزم تسليمه فى المحل المذكور » . ونصت المادة ٢٨٣ على أنه « فى بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع ، بل عليه أن يسلم المبيع للمشترى على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل » . حيث يؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع فى البيع المطلق يكون عند تمام العقد .

(مادة ٤٣١)

تكون على المشترى نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٢ و ٤٦٤ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٦٢ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

والمادة ٤٦٤ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين فى مادة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، واضافة نفقات الوفاء بالثمن ، ما دام أن جميع النفقات المذكورة يتحملها المشترى .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٠٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يتحمل المشترى نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع المادتين ٥٨٣ و ٥٨٧ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٨٣ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التى يقتضيها البيع تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

والمادة ٥٨٧ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى **المادة ٥٣١ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك** من نفقات تكون على المشترى ، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص فى قانون خاص يقضى بغير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة لنصوص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٦١٤ و ٦١٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٨ و ١٦٢ و ١٦٣ .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد : أنظر فى هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، والمواد ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٢ من المجلة، والمواد ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ من مرشد الحيران والمادة ٣١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

الفرع الثانى
بعض أنواع البيوع

نظرة عامة :

عرض التقنين الحالى لبعض أنواع البيوع . وهى بيع الوفاء ، وبيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع فيها ، وبيع التركة ، والبيع فى مرض الموت ، وبيع النائب لنفسه .

وقد اعتمد المشروع حكم التقنين الحالى فى بيع الوفاء ، حيث اعتبره باطلا . فلم يعتبره رهنا حيازيا كما يقول الفقه الاسلامى ، والتقنين العراقى والتقنين الكويتى . وذلك نظرا الى أن هذا الرهن يضمن غالبا قرضا بربا فاحش ، وهو ما تصعب اقامة الدليل عليه .

ونظم بيع ملك الغير بأعتباره بيعا موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى ، حيث يكون البيع موقوفا فى حق كل من البائع والمشترى والمالك . فحكمه واحد بالنسبة الى هؤلاء جميعا ، ولا تأتى اجازته الا من جانب المالك .

وحرم بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٤١ من المشروع) ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . وبذلك الغى المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالى . كما وسع من نطاق الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٧١ من التقنين الحالى بالنسبة الى القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين ، فجعله شاملا لكل ضروب التعامل (م ٤٤٣ من المشروع) واستبقى الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٧١ من التقنين الحالى بالنسبة الى المحامين فى تعاملهم مع موكليهم (م ٤٤٤ من المشروع) .

ونظم بيع التركة على نحو ينتفى فيه الغرر الفاحش ، حيث أوجب تعيين مشتملات التركة تعيينا نافيا للجهالة والغرر (م ٤٤٥ من المشروع) ، وذلك على خلاف ما يقضى به التقنين الحالى الذى أجاز بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها (م ٤٧٣ من التقنين الحالى) .

واستبقى أحكام بيع المريض مرض الموت التى نص عليها التقنين الحالى ، فهى مأخوذه من الفقه الاسلامى . ولكنه استكمل هذه الاحكام بالنسبة الى الدائنين (م ٤٥٠ من المشروع) ، فسد بذلك نقصا فى التقنين الحالى .

واستبقى أيضا أحكام بيع النائب لنفسه التى نص عليها التقنين الحالى ، مع اعتباره العقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه (م ٤٥٤ من المشروع) ، لان هذا أدق من الناحية الفنية .

واستحدث بيع السلم (م ٤٣٢ - ٤٣٧ من المشروع) . **بهذا** نوع من البيع يشغل موضعا هاما فى الفقه الاسلامى ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع فى الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد . وقد استمد المشروع تنظيمه من الفقه الاسلامى فى مجموع مذاهبه ، وبذلك أمكنه أن يتحرر من بعض الشروط والقيود التى أحاطه بها المذهب الحنفى .

بيع السلم

(مادة ٤٣٢)

السلم بيع شىء ، غير موجود بثمن مقبوض فى الحال ، على أن يوجد الشىء ويسلم للمشترى فى أجل معلوم .

هذه المادة مستحدثة ، كما هو الشأن فى جميع النصوص الخاصة بالسلم .

والسلم فى الفقه الاسلامى استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه .

غير أنه يلاحظ أن النهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم ، وأن المشروع فى المادة ٢/١١٩ منه قد اشترط فى التعامل فى الشىء المستقبل أن يعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتكون علة بطلان بيع المعدوم قد زالت مادام أن هذا التعامل لايجوز أن يكون احتماليا جزافا ، بحيث لا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وفى ضوء هذا كان من الممكن عدم افراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشىء المستقبل جائزا بوجه عام بشرط تعيينه على النحو المذكور ، لا بيع السلم فحسب .

ومع ذلك رؤى النص على السلم باعتباره نوعا من البيع يشغل موضعا هاما فى الفقه الاسلامى ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع فى الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد. ويسمى المشترى « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم اليه » والمبيع « المسلم فيه » والثمن « رأس المال » .

وقد أحاط المذهب الحنفى السلم بشروط وقيود جعلت منه استثناء مقيدا فى حدود ضيقة . نخص بالذكر منها ما يشترطه هذا المذهب من **وجوب أن يكون نوع المبيع موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل،** فلا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين ، وما يراه من أن **الأجل** يسقط بموت البائع. أما المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفى فترى غير ذلك . فلا يشترط عند مالك والشافعى عدم انقطاع المسلم فيه

من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء . وقد أخذ المشروع فى هذا برأى الامامين مالك والشافعى. كما أن المشروع لا يقضى بسقوط الاجل بموت البائع.

والنص المقترح مأخوذ من الفقه الاسلامى فى مجموع مذاهبه . فقد نصت المادة ١٤٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على أن « السلم هو أن يسلم عينا حاضره (رأس مال السلم) فى عوض موصوف فى الذمة (المسلم فيه) الى أجل » كما نصت المادة ١٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « السلم بيع شئ موصوف فى الذمة مؤجل لأجل معلوم تختلف به الأسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبا » .

وهو يتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » .

(مادة ٤٣٣)

يشترط فى المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر ، وان يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذه من الفقه الاسلامى فى مختلف مذاهبه .فقد نصت المادة ١٤٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد على أنه « يشترط أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف » . أنظر فى بقية الشروط المواد من ١٤٥ الى ١٥٠ من هذا المشروع .

ونصت المادة ٢٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يشترط فى المسلم فيه بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره وأجله ومكان ايفائه ان كان له محل ومؤنة وكونه متمنا » . ونصت المادة ٢٠٧ على أنه « يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره » .

ونصت المادة ١٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « يشترط فى السلم تسليم رأس المال فى المجلس » . أنظر المواد من ١٥٥ الى ١٦١ من هذا المشروع .

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« يشترط لصحة بيع السلم :

١ ـ أن يكون المبيع من الأموال التى يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم .

٢ ـ ان يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان ايفائه .

٣ ـ اذا لم يعين فى العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع فى مكان العقد » .

(مادة ٤٣٤)

يشترط كذلك فى المسلم فيه ان يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذة من الفقة الاسلامى فى مذاهبه المختلفة .

أنظر النصوص المشار اليها تحت المادتين السابقتين .

وأنظر أيضا المادة ٥٣٣ من التقنين الأردنى التى تقدم ذكرها .

(مادة ٤٣٥)

يجب ان يكون رأس المال معلوما للمتعاقدين ، وان يتم الوفاء به عند التعاقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة . فقد نصت المادة ٦/٥٤١ من مرشد الحيران على اشتراط « بيان قدر رأس المال » .

ونصت المادة ١٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتى : « الشرط السادس أن يقبض المسلم اليه رأس مال السلم فى مجلس العقد » .

ونصت المادة ٢١٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يشترط فى رأس المال أن يكون معلوما ومقبوضا قبل التفرق » .

والمادة المقترحه تقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « يشترط فى رأس مال السلم أن يكون معلوما قدرا ونوعا وان يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام » .

(مادة ٤٣٦)

اذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه ، وجب تسليمه فى المكان المتفق عليه ، فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه فى المكان الذى تم فيه العقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا أجل المسلم فيه وجب على البائع أن يسلمه للمشترى فى المكان الذى شرطا التسليم فيه أو فى محل عقد السلم اذا لم يشترطا مكانا معينا ولا يلزم البائع بتسليمه ولا المشترى بتسلمه منه فى غيرهما الا أن يرضيا بذلك » .

وانظر كذلك م ٥٤٤ من مرشد الحيران وم ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى .

والمـادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المـادة ٥٣٣ / ٣من التقنين الاردنى التى تقدم ذكرها .

(مادة ٤٣٧)

اذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل ، جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المـال .

هذه المـادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المـادة ٢٠٩ من مشروع تقنـين الشريعة الاسـلامية عـلى مذهب الامام أبى حنيفة على انه « اذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل فلرب السلم الخيار بين فسخ السلم أو انتظار وجوده » .

ونصت المـادة ١١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا كان للمسلم فيه وقت معين .يظهر فيه وانقطع وجوده فيه عند حـلول أجله قبل أن يقبضه المشترى لزمه الانتظار الى ظهوره ثانيا ان كان تأخير التبض بسبب منه فان لم يكن بسبب منه خير بين فسخ عقد السلم أو الانتظار الى ظهوره » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المـادة ٥٣٦ من التقنين الاردنى التى تنص عـلى أنه « اذ تعذر تسليم المبيع عند حلول الاجل بسبـب انقطاع وجوده لعارض طارىء كان المشترى مخيرا بين انتظار وجوده أو فسخ البيع » .

بيع الـوفاء

(مادة ٤٣٨)

اذا احتفظ البائـع عند البيـع بحق استرداد المبيع ، وقـع البيع باطلا .

هذه المـادة تتفق فى حكمها مع المـادة ٤٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد حـذف من نص التقنين الحـالى عبـارة « خـلال مدة معينة » للايضاح ، وذلك على اعتبار أن الحكم مطلق ، يستوى فيه أن تحدد مدة لاسترداد المبيع أولا تحدد مدة .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ١٣٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « بيع الوفاء يعتبر رهنا حيازيا » .

وتقابل المـادة ٥٠٨ من التقنين الكويتى التى تنص عـلى أنه « اذا احتفظ البائـع عند البيع بحـق استرداد المبيع فى مقـابل رد الثمن والمصروفات ، اعتبر العقد قرضا برهن حيازى » .

والحكم الذى ينص عليـه التقنين العراقى والتقنين الكويتى ، من اعتبار بيع الوفاء رهنا حيازيا ، هو ما يقول به الفقه الاسلامى (م ٤١ من مشروع تقنـين الشريعـة الاسـلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكرتها الايضاحية ، وم ١١٨ و ٣٩٧ - ٢٩٩ من المجلة وم٤٩، ٥٥٢ من مرشد الحيران . أبن عابدين ص ٢٥٧ و ٨٥٨و ٢٨١ .

ولكن رؤى الاخذ بالحكم الذى ينص عليه التقنين الحالى ،وهـو أن يكون **بيع الوفاء باطلا ، سواء باعتبـاره بيعا أو باعتبـاره رهنـا .** ذلك أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذه المتعاقدان ستـارا لاخفاء رهن حيازى يضمن قرضا بربا فاحش . وقد يلجأ المتعاقدان الى بيع الوفاء للتخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشىء المرهون اذا لم يف الراهـن بالدين . **وقـد يقصد المتعاقـدان التخلص من قـانون الخمس أفـدنه فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . ولذلك اضطر الشارع المصرى قبل** صدور التقنين الحالى الى أن يصدر القانون رقم٤٩/٥٠سنة١٩٢٣ الذى يقضى بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء،اذا كان واقعا على عقار،وتبين أنه رهن، **يكون باطلا سواء باعتباره بيع وفاءأو باعتباره رهنا.** ولا يكفى لسد الطريق أمام ضروب الاحتيال أن يجرى على بيع الوفاء أحـكام الرهن الحيازى اذا كان الرهن يضمن فى الواقع قرضا بربا فاحش، وهو ما يغلب وقوعة وتصعب اقامة الدليل عليه ، وانما يكون الاجدى بطلان العقد ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره رهنا . وقد نصت المـادة ٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « اذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن فى وقت محدد ، وكان ذلك حيلة للربح فى القرض ، بطل العقد والشرط » (أنظر : كشاف القناع ص ٤٢ . المنتهى ص ١٠٢٧الشرح الكبير ص٥٩) .

وجاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر فى هذه المسألة حين وضع النص ما يأتى : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجـة حيوية فى التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستارا لرهن ، وينتهى الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع ان من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان اقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالبـا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ونكنه قل أن يحسن التقدير ، فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل،ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحـاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسـع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

(انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٧٨ و ١٧٩)

(مادة ٤٣٩)

بيع مـلك الغـير

من باع ملك غيره بدون اذنه ، كان بيعه موقوفا على اجازة المالك .

هذه المـادة تقابل المـادة ٤٦٦ من التقنين الحـالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، اجاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ ـ وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » .

والحكم الوارد فى المادة المقترحة تطبيق للقاعدة التى أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٢٧ من المشروع على أن «يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ١٢٨/٣ من المشروع على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون انه ؛ كانت اجازته للمالك .

حيث اعتمد المشروع فكرة العقد الموقوف التى يأخذ بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى ياخذ بها التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الاردنى .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للابطال فى أن هذا الاخير ينشأ صحيحا منتجا لآثاره الى أن يطلب ابطاله فيبطل أو تلحقه الاجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ .

ومن ثم فان فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال فى أن العقد الذى يشوبه انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك للافادة التعقيدات التى تنشأ بعد نفاذه .

وبناء على ذلك جعل المشروع بيع ملك الغير بدون اذنه موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الاردنى . فبيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات التى أخذت بالتصوير اللاتينى حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ فى حق البائع ، وقابل للابطال بالنسبة الى المشترى بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ فى حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا فى حقه وصحيحا فى حق المشترى .

بينما فى ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشترى والمالك ، فهو موقوف فى حقهم جميعا ولا تاتى اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافذا فى حق الجميع (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٤ ص٣٠٥ـ٣٠٧ . أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ١٢٧، ١٢٨ من المشروع) .

العراقى التى تنص على ما ياتى : « فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/١٣٥ من التقنين العراقى التى تنص على أن « من تصرف فى ملك غيره بدون أذنه ، أنعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابل المادة ٥٥٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ماياتى :

١ ـ اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشترى أن يطلب فسخ البيع .

٢ ـ ولا يسرى البيع فى حق مالك العين المبيعة ولو اجازة المشترى «وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه : «اذا باع شخص مالا للغير فان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا اذا آلت الى البائع أو أقر المالك البيع » .

أنظر فى الفقه الاسلامى المواد ١١١ و ١١٢ و ٣٦٨ و ٣٧٧ من المجلة ، والمادتين ٣٥٥ و ٣٩٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٤٩ و ١٥٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ومذكرتها الايضاحية .

(مادة ٤٤٠)

١ ـ اذا أجاز المالك البيع أعتبرت الأجازه توكيلا ، فيصير البيع نافذا .

٢ ـ وكذلك يصير البيع نافذا اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحا فى حق المشترى .

٢ ـ وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

وتختلف المادة المقترحة عن هذه المادة فى الصياغة مراعاة للأخذ بفكرة العقد الموقوف .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١٣٥ / ٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى : « فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولى بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر) .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٤٦٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتى التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

أنظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٣٧٨،٣٧٧ من المجلة،والمادة ٣٩٧ من مرشد الحيران ، والمادة ١٥٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

وقد جاء فى الشرح الكبير للدردير ج٣ص١٢: «ووقف ملك غيره،أى بيع ملك غير البائع ، على رضاه ،أى رضى مالكه،اذا لم يعلم المشترى بأن البائع فضولى ، بل وأن علم المشترى بذلك . وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، وللغاصب اذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه (فليس له)نقض ما باعه أن اشتراه من المغصوب منه بعدان باعه أو ملكه بهبه أو صدقة » .

وعلى هذا يتخرج حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٤٤١)

اذا لم يجز المالك البيع بطل العقد . وفى هذه الحالة يجوز للمشترى ، اذا كان يجهل ان البيع غير مملوك للبائع ، أن يطالب بتعويض اذا كان البائع سيىء النية .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على أنه «اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النيه » .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ – تقرير ان البيع يبطل اذا لم يجزه المالك . فابطال البيع يأتى نتيجة لعدم اجازته من جانب المالك ، وليس بناء على طلب المشترى ويستطيع المشترى ، بمقتضى القاعدة المقررة بالنسبة الى العقد الموقوف فى المادة ١٢٩ من المشروع ، أن يطلب من المالك اعلان موقفه باجازة البيع أو رفضها خلال مهلة يعطيها له لاتقل عن ثلاثة أشهر .فاذا أجاز البيع خلال هذه المهلة نفذ العقد ، واذا رفض الاجازة بطل العقد، واذا لم يعلن موقفه بالاجازة أو الرفض اعتبر سكوته اجازة .

وللمشترى ، وفقا للقواعد العامة ، أن يطلب أبطال البيع بسبب الغلط ، أو يطلب فسخه بسبب عدم قيام البائع بالتزامه ، أو يرجع على البائع بضمان الاستحقاق اذا تعرض له المالك الحقيقى .

٢ – اعطاء المشترى حق المطالبة بتعويض اذا كان حسن النية بأن كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع فى الوقت ذاته سيىء النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك له وذلك على خلاف ما يقضى به نص التقنين الحالى الذى لا يشترط لطلب التعويض سوى حسن نية المشترى. فاذا توفر هذا الشرط التزم البائع بالتعويض ولو كان حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٥ / ٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « واذا لم يجز المالك تصرف الفضولى ، بطل التصرف، واذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به . فان هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولى ، فلا رجوع له بشىء منه».

أنظر فى الفقه الاسلامى المادة ٣٩٨ من مرشد الحيران .

فقد فرقت بين ما اذا كان المشترى يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وما اذا كان يعلم ذلك ، فأجازت له فى الحالة الأولى ان يرجع على البائع بالثمن ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا ، وأما فى الحالة الثانية فلا رجوع له اذا هلك الثمن . وتخريجا على هذا وأعمالا للقاعدة العامة فى الضمان تقرر للمشترى الحق فى المطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر اذا كان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع سيء النية .

بيع الحقوق المتنازع فيها

(مادة ٤٤٢)

١ – يقع باطلا بيع الحقوق المتنازع فيها .

٢ – ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالى .

فالمادة ٤٦٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ – ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى » .

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى :

(أ) اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد .

(ب) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .

(ج) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمتـه .

(د) اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار» .

وقد رؤى الغاء هاتين المادتين ؛ والنص فى المادة المقترحة على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . فقد جاء فى شرح التاودى للتحفة : « وانما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين واقراره وان كان عليه بينة ، لانه قد يطعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور ... »

(التاودى على التحفه ج ٢ ص ٤٧) .

ذلك أن المشترى الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه انما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن ، حيث لا يضمن البائع له وجود هذا الحق ، وانما هو يبيع مجرد ادعاء ؛ الامر الذى يجعل الصفقة منطوية على غرر جسيم . هذا الى أن الاسترداد فى هذه الحالة بمثابة نزع للملك بدون سند شرعى .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٥٩٣ و ٥٩٤ من التقنين العراقى اللتين تتفقان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٥١٠ و ٥١٢ من التقنين الكويتى اللتين تتفقان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٤٤٣)

لا يجوز القضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يتعاملوا ، لا باسمائهم ولا باسماء مستعارة ، فى الحقوق المتنازع فيها ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يشتروا ، لاباسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ؛ والا كان العقد باطلا » .

وقد عدل هذا النص على نحو يجعله اوسع نطاقا مما هو وارد فيه . فبمقتضى المادة المقترحة لا يقتصر التحريم على شراء الحق المتنازع فيه ، بل يشمل كل ضروب التعامل فى هذا الحق . فلا يجوز لاى من المذكورين فى هذه المادة ان يشترى الحق ، ولا ان يقايض عليه ، ولا ان يوهب له ، ولا ان يشارك فيه ولا ان يقترضه .

والخطر هنا يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، لأنه يعتبر شرعا من قبيل سد الذرائع ؛ حتى لا يكون التعامل ذريعة لمفسدة الرشوة . هذا الى ما هنالك من شبهة استغلال النفوذ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٧١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥١٣ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ – ٢٠٥ .

(مادة ٤٤٤)

لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكيلهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء اكان التعامل باسمائهم ام باسماء مستعاره ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٩٦ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ – ٢٠٥ .

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

بيع التركة .

(مادة ٤٤٥)

يجب فى بيع التركة أن تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، بحيث يتضمن هذا التعيين بيانا وافيا لما فيها من عقارات ومنقولات ومالها من حقوق وماعليها من ديون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على أن « من باع تركة ، دون أن تفصل مشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد رؤى ان يكون الحكم فى المادة المقترحة على خلاف ما يقضى به نص التقنين الحالى . اذ أن بيع التركة ، دون تفصيل لمشتملاتها ، ينطوى على غرر فاحش يخرجه عن الأصول الشرعية المقررة .

فعناصر التركة يجب أن تكون معلومة للمشترى على النحو المذكور فى المادة المقترحة حتى لا يفاجأ أى من الطرفين بما لم يكن فى حسبانه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الأردنى التى تتفق فى حكمها مع نص التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع نص التقنين الحالى .

(مادة ٤٤٦)

اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب كذلك أن تستوفى هذه الاجراءات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥٤٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « على المشترى اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الأرثية محل التخارج » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية (ج ٤ ص ٢٠٩ – ٢١٠) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أنها تتضمن تنظيما لنقل الحقوق والاحتجاج بها على الغير تقتضيه مصلحة حفظ الحقوق ورفع النزاع .

(مادة ٤٤٧)

اذا استوفى البائع بعض ما للتركه من الحقوق ، أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو تبرع به أو استهلكه ، وجب ان يرد للمشترى ما استولى عليه وقيمة ما تبرع به أو استهلكه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما أستولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « اذا استوفى البائع » بعبارة « اذا كان البائع قد استوفى » .

٢ ـ استبدلت كلمة « الحقوق » بكلمة « الديون » .

٣ ـ أضيف الى النص حالتان آخريان يشملهما الحكم ، وهما حالة التبرع بشيء اشتملت عليه التركة وحالة استهلاك هذا الشيء . وقد اقتضت هذه الاضافة أن يشار الى التزام المشترى برد قيمة ما تبرع به أو استهلكه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥١٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب ان يرد للمشترى ما استولى عليه وقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ص٢١٣) .

والسند الشرعى للنص المقترح أن البائع حين يستوفى حقا للتركة أو يبيع شيئا مما اشتملت عليه ، أو يتبرع به أو يستهلكه انمايتصرف فيما لاحق له فيه ، فيجب عليه رده الى المشترى،ما لم يكن عندالبيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

(مادة ٤٤٨)

يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥١٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يرد المشترى للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه ان يكون له من حقوق على التركة » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص٢١٣) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن ما يوفيه البائع من ديون التركة يعتبر أداء لدين على غيره يحق له أن يستوفيه من المشترى . وما يكون البائع دائنا به للتركة يحق له كذلك انيستوفيه من المشترى . وهذا وذاك ما لم يكن هناك اتفاق على غيره .

البيع فى مرض الموت :

(مادة ٤٤٩)

١ ـ اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع ينفذ فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ـ أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا ينفذ فى حق الورثة الا اذا اجازوه أورد المشترى المتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣ ـ ويسرى على بيع المريض مرض الموت فى هذا الصدد احكام المادة ٩٩٥ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥١٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩٥٤ » .

وتقابل المادة ٢/١١٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أن « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباه ، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباه تصرفا مضافا الى ما بعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى له » .

وتقابل المادتين ١/٥٤٤ و ٥٤٥ من التقنين الاردنى :

فالمادة ١/٥٤٤ من هذا التقنين تنص على أن « بيع المريض شيئا من ماله لاحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقى الورثة بعد موت المورث » .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتى :

« ١ ـ بيع المريض من أجنبى بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ـ أما اذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع » .

وأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة المقترحة مأخوذة من الفقه الاسلامى : انظر هذه الأحكام على مذهب الامام أبى حنيفة فى المواد ٣٩٣ ـ ٣٩٥ من المجلة ، والمواد ٣٥٨ ـ ٣٦١ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٥٠)

اذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع فى حق الدائنين الا اذا اجازوه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثمن الى ما يساوى قيمة المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

فاذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن ثمن المثل ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع فى حق الدائنين ، ولو أجازه الورثة . اذ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا تركه الا بعد سداد الدين . فاذا أجاز الدائنون البيع أو رد المشترى الى التركة الفرق بين الثمن الذى تم به البيع وثمن المثل ، نفذ البيع فى حق الدائنين .

وهذا الحكم مجمع عليه فى مذاهب الفقه الاسلامى : أنظر هذا الحكم فى مذهب الامام أبى حنيفة فى المادة ٣٩٥ من المجلة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « لا ينفذ بيع المريض لأجنبى باقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير فى حق الدائنين اذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشترى دفع ثمن المثل والا جاز للدائنين فسخ البيع » .

(مادة ٤٥١)

١ - لا تسرى احكام المادتين السابقتين اضرارا بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

٢ - وفى هذه الحالة يلتزم المشترى من المريض بان يرد للتركة ما يفى بتكملة ثلثى قيمتها بالنسبة الى الورثة ، أو ما يفى بتكملة الثمن الى ما يساوى قيمة المبيع بالنسبة الى الدائنين ، بحسب الاحوال .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية فمستحدثة . وقد اضيفت لبيان ما يكون على المشترى أن يرده الى التركة فى حالة ما اذا كسب الغير حسن النية حقا عينيا على العين المبيعة بعوض ، حيث يجب ألا يضار هذا الغير . فاذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، كان على المشترى أن يرد الى التركة ما يفى بتكملة ثلثى قيمتها للمحافظة على حقوق الورثة اعمالا لحكم الوصية . واذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا يتعلق الأمر حينئذ بحقوق للورثة ، حيث لاتكون هناك تركة ، وانما يكون المقصود هو المحافظة على حقوق الدائنين الذين تتقدم حقوقهم على حقوق الورثة ، فيكون على المشترى أن يرد الى التركة الفرق بين الثمن الذى تم به البيع وثمن المثل .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥١٩ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردنى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « وفى هذه الحالة يجوز لدائنى التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشترى من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق اذا كان المشترى احدهم ، وان كان أجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثى قيمة المبيع للتركة » .

بيع النائب لنفسه

(مادة ٤٥٢)

لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة ان يشترى لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين اخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٤٨ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع ماجاء فى المادة ٥٩٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع ماجاء فى المادة ٦٢ من التقنين الكويتى التى تقدم ذكرها .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامى : أنظر فى مذهب الامام أبى حنيفة المادة ١٤٩٦ من المجلة .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٩٣ من المشروع التى لاتجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر .

(مادة ٤٥٣)

لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، ولو بطريق المزاد العلنى ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسماء مستعارة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٠ من التقنين الحالى مع اضافة عبارة « ولو بطريق المزاد العلنى » .

وتطابق المادة ٥١٤/١ من التقنين الكويتى فيما عدا الاضافة المذكورة .

وتطابق المـادة ٥٤٩ من التقنين الأردنى فيما عدا الاضافة المذكورة . وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المـادة ٥٩٢ من التقنين العراقى .

ويعتبر الحكم الوارد فى المـادة المقترحة تكملة طبيعية لحكم المـادة السابقة . فان كان لدى السمسار أو الخبير توكيل كان حكمه حكم الوكيل ، فلا يجوز له شراء ما وكل فى بيعه . وأن لم يكن لديه توكيل كان عقده تصرفا فى ملك الغير بدون أذنه . وفى الحالين يكون العقد موقوفا على أجازة المالك .

(مادة ٤٥٤)

يكون العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه .

هذه المـادة تقابل المـادة ٤٨١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المـادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥١٨ من التقنين الكويتى التى تتناول حظر الشراء على السماسرة والخبراء ، فتنص على أنه « يصح العقد فى هذه الأحوال اذا اقره من تم البيع لحسابه » .

وقد رؤى الأخذ فى هذا الصدد بفكرة العقد الموقوف المعروف فى الفقه الاسلامى . فهذا أدق من الناحية الفنية . فعقد الشراء الذى يبرمه النائب أو السمسار أو الخبير لنفسه فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ينعقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه ، فان أجازة نفذ وان لم يجزه بطل .

الفصل الثانى

المقايضة

(مادة ٤٥٥)

المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .

هذه المـادة تقابل المـادة ٤٨٢ من التقنين الحـالى التى تنص على أن « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين ان ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وكما سبق القول فى تعريف البيع ، فانه يؤخذ على التقنين الحالى أنه يعرف المقايضة بالأثر الذى يترتب عليها ، وهو التزام كل من الطرفين بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهى تتركز فى اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هى محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من المقايضة هى انتقال ملكيـة مال ليس من النقود من كل من المتعـاقدين الى الآخر على سبيل التبادل . حيث يرتب عقد المقايضة التزامات على عاتق كل من الطـرفين ، وهذه الألتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العمليـة القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء فى التعريف المقترح أن مقتضى عقد المقايضة هو انتقال ملكيـة مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سـبيل التبادل .

وكما تقدم فى خصوص تعريف البيع ، فان المشروع ياخذ فى تعريفه المقترح بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو أن الملك ينتقل بالعقد .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٣٨٢ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « المقايضـة مبادلـة مال أو حق مالى بعـوض من غير النقود » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٢٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أحدهما نقدا » .

والتعريف المقترح يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامى . ففى مذهب الأمام أبى حنيفة تنص المادة ١٢٢ من المجلة على أن « بيع المقايضة بيع العين بالعين أى مبادله مال بمال غير النقدين » .

(مادة ٤٥٦)

اذا كان للاشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق فى القيمة بمعدل من النقود .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى على النحو المذكور فى المتن ، حيث تنص على أنه « اذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفـة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا » .

وتطابق المادة ٥٩٩ من التقنين العراقى فيما عدا التعديل اللفظى المشار اليه ، وهى تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٢١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا تفاوتت قيمة البدلين فى تقدير المتقايضين ، جاز تعويض فرق القيمة بمعدل من النقود » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا يخرج المقايضة عن طبيعتها اضافة بعض النقود الى احدى السلعتين للتبادل » .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما اتفق عليه الفقهاء من جواز بيع عين بعين ونقد .

(مادة ٤٥٧)

تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة . ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشىء الذى قايض به ، ومشتريا للشىء الذى قايض عليه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٢٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين العراقى التى تنص على مايأتى :

« ١ ــ لكل من البدلين فى المقايضة حكم البيع ، فتعتبر فيها شروطه . وآن وقعت منازعة فى أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا .

٢ ــ ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشىء الذى قايض به ، ومشتريا للشىء الذى قايض عليه » .

وتتفق فى حكمها مع المادتين ٥٥٣ و ٥٥٦ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٥٥٣ من هذا التقنين تنص على أن « يعتبر كل من المتبايعين فى بيع المقايضة بائعا ومشتريا فى وقت واحد » .

والمادة ٥٥٦ تنص على أن « تسرى أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها » .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامى : أنظر فى المذهب الحنفى المادة ٣٧٩ من المجلة .

(مادة ٤٥٨)

مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٠٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٥٢٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن كلا من المتعاقدين فى حكم المشترى للعين التى أخذها ، فتكون النفقات مناصفة بينهما .

الفصل الثالث

الهبة

(١) أركان الهبة .

(مادة ٤٥٩)

١ ــ الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شىء أو حق مالى آخر دون عوض .

٢ ــ ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض .

٢ ــ ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

وقد روعى فى تعريف الهبة فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهى العملية القانونية المقصودة من الهبة ، وذلك على نسق ما تقدم فى خصوص عقد البيع ، وما يراعيه المشروع كذلك بالنسبة الى العقود الاخرى . فالعملية القانونية المقصودة من الهبة هى انتقال ملكية شىء أو حق مالى آخر من الواهب الى الموهوب له دون عوض ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف الهبة (أنظر النظرة العامة التى تقدم ذكرها عن العقود المسماة) .

ولا يختلف التعريف الوارد فى المادة المقترحة فى معناه عن التعريف الوارد فى نص التقنين الحالى ، لأن التصرف فى المال دون عوض يعنى انتقال .

ملكية شيء او حق مالي آخر دون عوض : ولكن المشروع آثر الصيغة المقترحة جريا على خطته فى ابراز محل العقد .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة «يشترط» بكلمة «يفرض» .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المواد ٦٠١ / او ٦١١ و ٦١٣ من التقنين العراقى .

فالمادة ١/٦٠١ من هذا التقنين تنص على ان « الهبة هى تمليك مال لآخر بلا عوض » .

والمادة ٦١١ تنص على ان « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط ...... » .

والمادة ٦١٣ تنص على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب الى الموهوب له » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٧ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – الهبة تمليك مال او حق مالى لآخر حال حياة المالك دون عوض .

٢ – ويجوز للواهب ، مع بقاء فكرة التبرع ، ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ويعتبر هذا الالتزام عوضا » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٢٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « الهبة عقد على تمليك مال فى الحال بغير عوض » .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م ٨٣٣ من المجلة ، وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وم ٥٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(انظر فى المذهب الحنفى : ابن عابدين ج٤ ص٥٣٠ و٥٣١ ، ومجمع الانهر ج٢ ص٣٥٢ .

وانظر فى المذهب المالكى : الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٤٢ و٣٤٣ ، والشرح الكبير وحاشيته ج٤ ص٨٧ و ٩٠) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة حكمها ماخوذ من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م٨٥٥ من المجلة وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الأمام أبى حنيفة ، وم ٥٤٦ و ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(أنظر فى المذهب الحنفى : ابن عابدين ج٤ ص٥٤٢ .

وانظر فى المذهب المالكى : الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٠٥ و ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج٤ ص١٠٢ و ١٠٣) .

(انظر كذلك المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٥٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٤٤) .

(مادة ٤٦٠)

١ – يلزم فى الهبة قبول الموهوب له أو نائبه .

٢ – فاذا كان الموهوب له جنينا ، كان قبول الهبة وقبض الشىء الموهوب ممن له الولاية على ماله .

٣ – واذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشىء الموهوب .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ – لاتتم الهبة الا اذا قبلها الموهوب له او نائبه .

٢ – فاذا كان الواهب هو ولى الموهوب له او وصيه ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الموهوب » .

فالفقرة الأولى من المادة المقترحة تقابل الفقرة الأولى فى نص التقنين الحالى .

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة . وقد قصد بايرادها حسم الخلاف القائم فيما يتعلق بجواز الهبة للجنين . فالرأى الذى يقول بعدم جوازها يستند الى ان الجنين لا يقدر على القبول وليس له ولى يقبل عنه . وقد اصبحت هذه الحجة مردودة بعد ان نص قانون الولاية على المال على جواز اقامة وصى على الحمل المستكن ، سواء كان وصيا مختارا أو معينا من قبل المحكمة (م٢٨/١ و٢ و٢٩/١) . وهذا يتسق مع الحكم الذى يقرره قانون الوصية من أنه « اذا كان الموصى له جنينا او قاصرا أو محجورا عليه ، يكون قبول الوصية ممن له الولاية على ماله بعد اذن ... » (م٢٠/١) .

وسيجىء ان الفقه الاسلامى فى مذهب الامام مالك يجيز الهبة للجنين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض .

٢ – يكفى فى الهبة مجرد الايجاب اذا كان الواهب ولى الموهوب له او وصيه والشىء الموهوب فى حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيرا يقوم الواهب على تربيته » .

وتقابل المادتين ٦٠٤ و ١/٦٠٥ من التقنين العراقى .

فالمادة ٦٠٤ من هذا التقنين تنص على ان « يملك الصغير المال الذى وهبه اياه وليه او من هو فى حجره بمجرد ايجاب الواهب مادام المال فى يده أو كان وديعه او عاريه عند غيره ولا يحتاج الى القبض » .

والمادة ١/٦٠٥ تنص على انه « اذا وهب شىء لصبى غير مميز ، قام مقامه وليه أو من هو فى حجره » .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة ماخوذ من الفقه الاسلامى فى مختلف مذاهبه ، فقد نصت المادة ٨٣٧ من المجلة على أن « تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض » .

وحكم الفقرة الثانية ماخوذ من الفقه الاسلامى على مذهب الامام مالك (أحمد ابراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص٦٢) .

وحكم الفقرة الثالثة مستمد من الفقه الاسلامى فى مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١/٨٤ من مرشد الحيران على أنه « اذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلا للقبول جاز لوليه أو وصيه أو من هو فى حجره أن يقبل الهبة ويقبضها عنه » . انظر كذلك مادة ٨٥١ من المجلة ، ومادة ٣٥٨ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الامام أبى حنيفة .

(مادة ٤٦١)

١ ـ يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الايجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ ـ ومع ذلك يجوز فى المنقول ان تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة الى ورقة رسمية .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٨٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « تكون الهبة بورقة رسمية، والا وقعت باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادتين ٦٠٢ و ٦٠٣ من التقنين العراقى .

فالمادة ٦٠٢ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كان الموهوب عقارا ، وجب لانعقاد الهبة ان تسجل فى الدائرة المختصة » .

والمادة ٦٠٣ تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا تتم الهبة فى المنقول الا بالقبض . ويلزم فى القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة .

٢ ـ واذا اذن الواهب صراحة صح القبض فى مجلس الهبة او بعده . واما اذنه بالقبض دلاله فمقيد بمجلس الهبة . وعقد الهبة اذن بالقبض دلاله » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يتوقف نفاذ عقد الهبة على أى اجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفى العقد استكمال الاجراءات اللازمة .

٢ ـ وتتم فى المنقول بالقبض دون حاجة الى تسجيل » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ لاتنعقد الهبة الا اذا اقترنت بقبض الموهوب او وثقت فى محرر رسمى .

٢ ـ ويعتبر العقد قد تم ولو بقى الشىء فى يد الواهب اذا كان وليا او وصيا أو قيما أو قائما على تربية الموهوب له » .

وفى الفقه الاسلامى عند الحنفية لاينتقل ملك الموهوب الا بالقبض، اما قبل القبض فتصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع ج٦ص١٢٢ . الهداية على هامش فتح القدير ج٧ص١١٣ ـ ١١٧) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لاتلزم الهبة ولا ينتقل الملك الا بالقبض بذن الواهب (المهذب ج١ص٤٤٧ . المغنى ج٥ص ٥٩١ ـ ٥٩٣) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير اذن الواهب . وهذا مبنى على القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يتملك الشىء الموهوب بمجرد العقد (أنظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الايضاحية) . وبهذا الرأى أخذ المشروع .

وطبقا للنص المقترح ، وهو حكم التقنين الحالى ، يلزم لانعقاد الهبة . فوق الايجاب والقبول ، ان تكون بورقة رسمية ، سواء فى العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار الا اذا كانت بورقة رسمية . ويجوز ان تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضا أن تتم بالقبض ، وفى هذه الحالة يغنى القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع .

والسند الشرعى للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

وقد اغفل المشروع النص على ما تقضى به المادة ٤٨٩ من التقنين الحالى من انه « اذا قام الواهب او ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ». ذلك أن الهبة عقد خطير يتجرد به الواهب عن ماله دون مقابل الأمر الذى يجعله فى أشد الحاجة الى التأمل والتدبر ، وهو ما توفره له الشكلية حيث اراد الشارع أن يجعل من اجراءات الرسمية المعقدة وما تتطلبه من وقت وجهد وسيلة تتيح للواهب الوقت الكافى للتروى ، فيامن شر الاندفاع وراء انفعالات وقتية . وبذلك يحمى الواهب نفسه ، كما يحمى ورثته . ومن الواضح أن النص المذكور الذى اغفله المشروع يتيح للواهب الهروب من الشكلية المفروضة . وذلك بأن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة مختارا رغم عدم توفر الرسمية المطلوبة ، أو تقوم ورثته بهذا التنفيذ ، فتصح الهبة .

وليس فى اغفال النص المذكور ما يحول دون ابرام هبة صحيحة : فاذا كانت الهبة باطلة لعيب فى الشكل ، فما على الواهب او ورثته الا أن يعيد ابرام العقد من جديد ، فيستوفيا الشكل المطلوب ، وعند ذلك تتم الهبة .

(مادة ٤٦١)

الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كان بورقة رسيمة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الحالى .

وما تقضى به هذه المـادة ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المـادة ٢/٨٦ من المشروع التى تنص على أنه « اذا أشترط القانون لتمام العقـد استيفاء شكل معين ؛ فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هـذا العقد » .

وهى تقابل المادة ٥٦٣ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى: « على الرغم مما ورد فى المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هـذا القـانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل » .

وحكمها فى التقنين العراقى تطبيق للقاعدة الواردة فى المـادة ٢/٩١ من هـذا التقنين .

وحكمها فى التقنـين الكـويتى تطبيق للقاعدة الواردة فى المـادة ٦٩ من هـذا التقنين .

والسند الشرعى للنص المقترح هو مصلحة المحافظة على المـال ورفع النزاع .

(مادة ٤٦٣)

١ – من وهب ملك غيره بـدون اذنه ، كانت هبته موقوفـة على اجازة المـالك . وتسرى عليها احكام المـادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المـادة تقابل المـادة ٤٩١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا وردت الهبة على شىء معين بالذات ، غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المـادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ » .

والأحكام الواردة فى المـادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة الوارده فى المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧على أن « يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المـادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون أذنه ، كانت اجازته للمالك .

وفى هذا التطبيق تقضى المـادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملـك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد رؤى ذكر الحكم الاساسى فى هذه الأحكام وهو أن تكون الهبة موقـوفة على أجازة المـالك ، ثم الاشـارة بتطبيق أحكام المـادتين الباقيتين ، وهما المـادتان ٤٤٠ و ٤٤١ .

والمـادة المقترحة تتفق فى حكمهـا مع المـادة ٥٥٩ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « لاينفذ عقـد الهبة اذا كان المـال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المـالك ويتم القبض برضاه » .

وتقابل ما جاء فى المـادة ١/٦٠٩ من التقنين العـراقى التى تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم ان يكون معينا مملوكـا للواهب » .

وتقابل المـادة ٥٢٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « هبة مال الغير باطلة » .

وأحكام المـادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقـه الاسـلامى فى المذهب الحنفى . حيث تنص المادة ٨٥٧ من المجلة على أنه «يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب . وبناء عليه لو وهب احد مال غيره لاتصح . ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المـال يصح » . (أنظر فى هـذا: البدائع ج٦ ص١١٩) .

(مادة ٤٦٤)

يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . فتقع هبة الأمـوال المستقبلة باطلـة .

هذه المـادة تقابل المـادة ٤٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » ، وقد رؤى اضافة أصل الحكم بحيث يكون بطلان هبة المـال المستقبل نتيجة لهذا الأصل .

وتتفق فى حكمها مع ما جـاء فى المـادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . ويلزم أن يكون معينا مملوكـا للواهب » .

وتتفق فى حكمها ما جاء فى المـادة ٥٦٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « على الرغم مما ورد فى المـادتين ٩٢و٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقـد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مسـتقبل » .

وحكم المـادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقـه الاسـلامى . ففى المذهب الحنفى نصت المـادة ٨٥٦ من المجلـة على أنه « يشـترط وجـود الموهوب وقت الهبة ... »

(٢) آثـار الهبـة

(مادة ٤٦٥)

اذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشىء الموهوب فان الواهب يلتزم بتسليمه اياه ، وتسرى فى ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع .

هذه المـادة تطابق المـادة ٤٩٣ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المـادة ١/٥٣٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب الى الموهوب له . ويتبع فى ذلك احكام تسـليم المبيع » .

وتتفق فى حكمها مع المـادة ١/٥٣٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم المـال الموهوب ، اذا لم يكن الموهوب له قد قبضه ، وتسرى فى ذلك الاحكام المتعلقة بتسـليم المبيع » .

والسند الشرعى لوجوب التسليم ما يراه المـالكية من أن الهبـة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقله للملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على التسليم (انظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الايضاحية) .

(مادة ٤٦٦)

١ ـ لا يضمن الواهب استحقاق الشىء الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفى الحالة الاولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض .

٢ ـ واذا استحق الشىء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٤ من التقنين الحالى مع حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى التى تقول «كل هذامالم يتفق على غيره» . وذلك لعدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق (انظر مادة ٤١٣) .

وتقابل المادتين ٥٣١ و ٥٣٢ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٥٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يضمن الواهب الا التعرض الناشىء عن فعله، كما لا يضمن استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهبة مقترنة بتكليف ،وذلك ما لم يتفق على غيره او يقضى القانون بخلافة » .

والمادة ٥٣٢ تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا استحق الموهوب ، وكان الواهب قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا .

٢ ـ فان كانت الهبة مقترنة بتكليف ، فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق الا فى حدود ما أداه الموهوب له من التكليف . ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٦٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب فى يد الموهوب له اذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسئولا عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق . اما اذا كانت الهبة بعوض ؛ فانه لا يضمن الاستحقاق الا بقدر ما اداة الموهوب له من عوض ؛ ما لم يتفق على غير ذلك» .

وتقابل المادتين ٦١٤ و٦١٥ من التقنين العراقى :

فالمادة ٦١٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفى الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ماداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ ـ واذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى» . وهذه المادة تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المصرى .

والمادة ٦١٥ تنص على أنه « اذا أتلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له ؛ فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن الا بالقدر الذى يضمن به الواهب الاستحقاق وفقا للأحكام السابقة » .

وفى الفقه الاسلامى . طبقا للمذهب الحنفى ، اذا استحقت الهبة . فللموهوب له الرجوع بجميع العوض الذى أداه . وان استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) . وقد نصت المادة ٣٦٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « اذا أتلفت العين الموهوبة أو استحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن الا اذا أشترط تضمينه عند الاستحقاق» وجاء فى قواعد ابن رجب ص ٢٣٠ أن اليد القابضة تملكا لا بعوض للعين ثمنا فيها كالهبة لا ترجع بما ضمنته بحال ، ذكره القاضى وأبن عقيل اما ضمان الواهب عند اخفاء سبب الاستحقاق فسنده القواعد العامة فى الضمان .

(مادة ٤٦٧)

١ ـ لا يضمن الواهب الشىء الموهوب من العيب .

٢ ـ على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشىء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب .

٣ ـ واذا كانت الهبة بعوض ،كان الواهبملزما بالتعويض، على ألا يجاوز هذا التعويض قدر ما اداه الموهوب له من عوض .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يضمن الواهب خلو الشىء الموهوب من العيب .

٢ ـ على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشىء الموهوب من العيوب . كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يسببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض اذا كانت الهبة بعوض، على الا يجاوز التعويض فى هذه الحالة قدر ما أداه الموهوبله منهذا العوض » .

وقد رؤى أفراد فقرة مستقلة ، وهى الفقرة الثالثة فى المادة المقترحة . الحالة التى تكون الهبة فيها بعوض ، لان حكم التعويض فيها عن العيب الخفى يختلف عنه فى الحالتين الآخريين .

ففى حالتى تعمد الواهب اخفاء العيب . وضمانه خلو الشىء الموهوب من العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له الا عن الضرر الذى يسببه العيب . فلا يعوض الموهوب له عن العيب ذاته ، اى عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب ، وانما يعوضه عما سببه العيب من الاضرار .

أما فى حالة ما اذا كانت الهبة بعوض فان الواهب يعوض الموهوب له عن الاضرار التى لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على الا يجاوز التعويض مقدار العوض .

فاذا كانت الهبة بعوض ، وتعمد الواهب اخفاء العيب، أو ضمن خلو الشىء الموهوب من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التى لحقته بسبب العيب . ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب ، الا اذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الواهب قد تعمد اخفاء العيب . وعندئذ لا يكون ملزما الا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا يضمن الواهب العيب الخفى فى الموهوب ، ولو تعمد اخفاءه ، الا اذا كانت الهبة بعوض » .

وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من أن الأصل فى الهبة أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية يتفق مع ما يقره الفقه الاسلامى (قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا م ٦/٢٥٨) . وجاء فى بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ١٥٣ . « أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى مقصود منها المعاوضة. كما أن العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا فى انه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات لغير الثواب . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة ، مثل هبة الثواب فالاظهر فى المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب . وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا » .

(مادة ٤٦٨)

اذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه ، فلا يكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « لايكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » . وتقابل المادة ٦١٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٩٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٥٣٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه أو حصل فيه تغير أو نقص لا يكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد او خطئه الجسيم » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمواد المقابلة للمواد من ٤٩٣ الى ٤٩٦ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٧٤ — ٦٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٢٧١ — ٢٧٣) .

والسند الشرعى للنص المقترح هو القواعد العامة فى الضمان ، على اعتبار أن الواهب يسأل عن فعله العمد وخطئه الجسيم الذى أدى الى هلاك مال مملوك للموهوب له . واتساقا مع هذا نصت المادة ٥٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « لا تبطل الهبة ببيع الواهب للشىء الموهوب قبل حوزه » .

(مادة ٤٦٩)

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦١٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « على الموهوب له أداء ما اشترطه الواهب من عوض سواء أكان هذا العوض للواهب أم للغير » .

وتقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف ، سواء كان هذا التكليف مشروطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . ففى هذا الفقه يلتزم الموهوب له بمراعاة شرط العوض (م ٨٥٥ من المجلة ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة، وم ٥٣٨ فقرة ١ و ٢ و ٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، وم ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . أنظر ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٢ ، والشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣) .

(أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٧٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ٢٧٩) .

(مادة ٤٧٠)

١ – اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التى يحددها العقد .

٢ – واذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب ، أو فى ذمة شخص آخر ، فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، هذا مالم يتفق على غيره » .

وقد رؤى تعديل هذا النص على نحو يكون الموهوب له فيه على بينه من الديون التى يلتزم بالوفاء بها .

وقد استرشد المشروع فى هذا التعديل بما نصت عليه المادة ٨٨١ من مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى من أنه « اذا شرط فى الهبة عوض معلوم صار بيعا فتجرى فيها أحكامه ، واذا كان العوض مجهولا فهو بيع فاسد » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦١٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٩٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٥٧٣ ، ٥٧٤ من التقنين الأردنى اللتين تطابقان المادة ٤٩٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٣٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذاكانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فانه لا يكون ملزما الا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الاسلامى على اعتبار أن العوض فى الهبة ، وهو وفاء الديون ، معلوم على نحو كاف .

(٣) الرجوع فى الهبة :

(مادة ٤٧١)

١ – يجوز للواهب ان يرجع فى الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك .

٢ – فاذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، متى كان يستند فى ذلك الى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٠ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « فسخ الهبة والرجوع فيها » بعبارة « الترخيص له فى الرجوع »، وذلك للايضاح ، اذ أن الرجوع فى الهبة بالتقاضى هو فسخ قضائى لها .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٠ من التقنين العراقى التى تنص على أن « للواهب أن يرجع فى الهبة برضاء الموهوب له فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة ٥٧٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – للواهب أن يرجع فى الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

٢ – وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فان لم يقبل جاز للواهب ان يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة ٥٣٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لا يجوز للواهب الرجوع فى هبته ، الا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

٢ – ومع ذلك يجوز فى غير هذه الحالة الرجوع فى الهبة بترخيص من القضاء اذا استند الواهب فى ذلك الى عذر مقبول » .

ولم تتفق مذاهب الفقه الاسلامى فى جواز الرجوع فى الهبة :

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع فى الهبة الا فى حالة واحدة ، هى حالة هبة الوالد لولده . وهى ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة (أنظر فى مذهب مالك : الخرشى ج٧ ص١١٣–١١٥) .

أما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكا غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع فى هبته ، على ألا يتعارض مع حقه فى الرجوع حق آخر ، أى على الا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه (أنظر : السرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١١٨ . أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ص٥٢ . عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ج٥ فقرة ١٢٥) .

والمشروع يسير فى نصوصه على المذهب الحنفى ، كما فعل التقنين الحالى (انظر م ٨٦٤ من المجلة و م ٥١٥ و ٥٢٧/١ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا و م ٣٦٢ و ٣٦٥ و ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة) .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٣ و ٦٨٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢) .

(مادة ٤٧٢)

يعتبر على الاخص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو زوجه، او نحو احد اقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن ان يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . او أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب الذى ليس لهولد وقت الهبة ولدابعدها،ولو كان جنينا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، او ان تظهر بعد الهبة حياة ولده الذىكان يظن وقت الهبة انه ميت، على ان يظل الولد فى الحالين حيا الى وقت الرجوع .

(د) أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه فى العقد من التزامات دون عذر مقبول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا لرجوع فى الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة **بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو ان يصبح غير قادر على** الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع . أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فاذا به حى .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتيه :

١ - أضيف الزوج ، وهو يشمل الزوج والزوجة ، الى الأشخاص المذكورين فى البند الأول ، اذ ان رابطة الزوجية لاتقل عن الرابطة بأقرب قريب .

٢ - عدلت صياغة البند الثالث على نحو تتضح منه حقيقة الحكم المقصود من النص . فالمفروض فى العذر الا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، ذكر أو أنثى ، ثم يرزق بولد بعدها . ويتوفر العذر اذا كان الولد ما يزال جنينا ويجهل الواهب ذلك . وفى جميع الأحوال يجب أن يظل الولد حيا الى وقت الرجوع .

٣ - **أضيفت الى المادة بند رابع يقضى بأن يعتبر عذرا مقبولا للرجوع** فى الهبة اخلال الموهوب له بالتزام يفرضه العقد عوضا عن الهبة . ويعتبر طلب فسخ الهبة فى هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢١ من التقنين العراقى :

فالبند الأولمنها ينص على ما يأتى : «أن يخل الموهوبله اخلالا خطيرا بما يجب عليه نحو الواهب ، بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحودا غليظا » .

والبندان الثانى والثالث منها يطابقان البندين الثانى والثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصرى الحالى .

والبند الرابع منها يطابق البند الرابع من النص المقترح .

وتقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الاردنى :

فالبند الأول منها يطابق البند الثانى من النص المقترح .

والبند الثانى منها يطابق البند الثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصرى الحالى .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتى : « اخلال الموهوب بالتزاماته المشروطة فى العقد دون مبرر ، أو اخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه » .

وتقابل المادة ٥٣٨ من التقنين الكويتى .

فالبند الأول منها ينص على ماياتى : « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب اخلالا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه .

والبند الثانى منها يطابق البند الثانى من المادة المقترحة .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتى : « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع » .

والظاهر فى المذهب الحنفى أن الواهب هو الذى يستقل بتقدير العذر فى الرجوع فى الهبة دون رقابة عليه . فيكفى فى ذلك أن يرفع الواهب الأمر الى القضاء ، اذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء الى طلبه (أنظر المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١٢٨ . أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ص٥٢) . ولكن المشروع ، كما فعل التقنين الحالى ، قيد من هذا الاطلاق ، فاوجب للرجوع فى الهبةعذرامقبولا، وجعل القضاء رقيبا على الواهب فى ذلك ، فقد يجيبه الى طلبه وقد يرفض هذا الطلب . والاعذار المذكورة فى المادة المقترحة لم ترد على سبيل الحصر . وانما خصت بالذكر لأنها الاعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة . فقد تقوم أعذار أخرى غيرها .

واشتراط عذر مقبول للرجوع فى الهبة يتفق مع الغرض المقصود من الهبة ويتسق مع القواعد العامة فى الفقه الاسلامى . وقد رأينا أن المالكية والشافعية والحنابلة ، على خلاف الحنفية ، لا يجيزون الرجوع فى الهبة الا فى حالة واحدة هى حالة هبة الوالد لولده . وقد استرشد المشروع فى تقييد حق الواهب فى الرجوع برأيهم .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيريه ج ٤ ص ٢٩٠ — ٢٩٢) .

(مادة ٤٧٣)

اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق،كان لورثته طلب فسخ الهبة .

هذه المادة مستحدثه .

وحكمها أستثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب . ويبرره جحود الموهوب له . ومن ثم فانه يتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه اذا جاز الرجوع فى الهبة لمجرد شروع الموهوب له فى قتل الواهب، فاولى أن يجوز الرجوع اذا تمت الجريمة . كما يصح القياس على الميراث ، فالقاتل لايرث المقتول ، تطبيقا للاصل الشرعى القائل : « من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه » . فقد يتعجل الموهوب له قتل الواهب حتى يأمن الرجوع فى الهبة لعذر من الأعذار .

وهى تطابق المادة ٦٢٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٧٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٥٤٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٤٧٤)

يعتبر مانعا من الرجوع فى الهبة ما يأتى :

(أ) اذا زاد الشىء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) اذا مات أحد طرفى عقد الهبة . ومع ذلك لايعتبر موت الواهب مانعا من الرجوع فى الحالتين المنصوص عليهما فى البند « ج » من المادة ٤٧٢ .

(ج) اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا ناقلا للملكية نهائيا . فاذا أقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى .

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة .

(هـ) اذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، وذلك مالم تتحقق احدى الحالتين المنصوص عليهما فى البند (ج) من المادة ٤٧٢ أو كلاهما .

(و) اذا هلك الشىء الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بسبب أجنبى أو بفعل الموهوب له أو باستعماله اياه ، فاذا لم يهلك الا بعض الشىء الموهوب جاز الرجوع فى الباقى . وكذلك اذا تغير الشىء الموهوب من حالة الى حالة حتى تزول صورته الأولى .

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يرفض طلب الرجوع فى الهبة اذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) اذا حصل للشىء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) اذا مات أحد طرفى عقد الهبة .

(ج) اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا نهائيا ، فاذا أقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى .

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(هـ) اذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

(و) اذا هلك الشىء الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء أكان الهلك بفعله أو بحادث أجنبى لايد له فيه أو بسبب الأستعمال ، فاذا لم يهلك الا بعض الشىء جاز الرجوع فى الباقى .

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدل البند (أ) تعديلا لفظيا .

٢ ـ أضيف الى البند (ب) استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب. وذلك اذا رزق الواهب الذى ليس له ولد وقت الهبة ولدا بعدها ولو كان جنينا يجهل الواهب وجوده ، أو ظهرت بعد الهبة حياة ولده الذى كان يظن وقت الهبة أنه ميت ، وهما الحالتان المذكورتان فى البند (ج) من المادة ٤٧٢ .

٣ ـ عدل البند « ج » تعديلا لفظيا يتضح منه أن التصرف المقصود هو التصرف الناقل للملكية .

٤ ـ عدل البند « د » تعديلا لفظيا .

٥ ـ أضيف الى البند « هـ » استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها اذا كانت لذى رحم محرم . وذلك فى الحالتين المذكورتين فى البند «ج» من المادة ٤٧٢ ، واللتين تم استثناؤهما كذلك فى البند «ب» من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب .

٦ ـ أضيف الى البند « و » حالة ما اذا تغير الشىء الموهوب من حالة الى حالة ، لأنها تلتحق بهلاك الشىء الموهوب ، كان تصاغ قطعه من الذهب حلية ، أو يعجن الدقيق خبزا .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٦٢٣ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى أحكامها مع المادة ٥٠٢ من التقنين المصرى الحالى . وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين ، فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٧٩ من التقنين الأردنى، وهى تحصى الموانع ذاتها مع الاختلاف فى مدى البعض منها ، وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٣٩ من التقنين الكويتى .

والموانع المذكورة فى المادة المقترحة مأخوذة جميعها من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفه ، كما فعل التقنين الحالى . أنظر فى هذا : المواد ٨٦٦ ـ ٨٧٤ من المجلة ، والمواد ٥١٥ ـ ٥٢٣ و ٥٢٦ و ٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، والمواد ٣٦٣ ـ ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ومذكراتها الايضاحية ، والمذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٦) والتعديلات التى أدخلت عليه فى لجنة المراجعة ولجنة مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٩ـ ٢٩٤ . وأنظر المبسوط للسرخسى ج١٢ ص٥٣ و ٥٤ . البدائع ج٦ ص١٢٨ . فتح القدير ج ٧ ص ١٣٢ . احمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ ـ ٦٣ .

(مادة ٤٧٥)

١ ـ يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق .

٢ ـ ولا يرد الموهوب له الثمار الا من وقت الاتفاق على الرجوع . أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية . أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشىء الموهوب .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى التى جاء فيها : « وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق » . وقد وردت هذه العبارة فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٧)، ولكن النص النهائى للمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة . وهى على كل حال تطبيق للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا رجع الواهب فى هبته بالتراضى ، أو التقاضى ، كان رجوعه ابطالا لأثر العقد من حين الرجوع واعادة لملكه .

٢ ـ ولا يرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية. أما المصروفات النافعة ، فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الموهوب » .

وتقابل المادة ٥٨٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء ابطالا لأثر العقد .

٢ ـ ولايرد الموهوب له الثمار الا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم . وله أن يسترد النفقات الضرورية ، أما النفقات الأخرى فلا يسترد منها الا مازاد فى قيمة الموهوب » .

وتقابل المادة ٥٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه« يترتب على الرجوع اعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أنه « اذا تم الرجوع فى عقد الهبة برضى أو قضاء ، كان فسخا للعقد » .

ونصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أنه « لايصح الرجوع فى الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم . فاذا رجع الواهب باحدهما ، كان رجوعه ابطالا لأثر العقد فى المستقبل واعادة لملكه . . . » .

(مادة ٤٧٦)

١ ـ اذا استولى الواهب على الشىء الموهوب بغير التراضى أو التقاضى، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشىء، سواء كان الهلاك بسبب أجنبى أو بفعل الواهب أو باستعماله اياه .

٢ ـ أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشىء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا اخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصبا ، فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . أما اذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فهلك فى يده ، ضمنه » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا استعاد الواهب الشىء الموهوب بغير رضاء أو قضاء ، كان مسئولا عن هلاكه مهما كان سببه .

٢ ـ أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشىء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فان الموهوب له يكون مسئولا عن الهلاك مهما كان سببه » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على ما يأتى : « . . فلو اخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلكت أو استهلكت ، ضمن قيمتها للموهوب له ، واذا طلبها بعد القضاء ، ومنعها الموهوب له ، فهلكت فى يده ، ضمنها» .

انظر كذلك : م ٦٨٥ من المجلة .

الفصل الرابع

الشركة

الفــرع الأول

الشركة بوجه عــام

(مادة ٤٧٧)

الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان أو أكثر فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وقد روعى فى تعريف الشركة فى المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد ، وذلك على نسق ما يراعيه المشروع بالنسبة الى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من الشركة هى المساهمة فى مشروع مالى واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف الشركة . ولهذا تحاشى المشروع أن يجعل من محل عقد الشركة بهذا المعنى مجرد التزام يقع على عاتق الشريك كما فعل التقنين الحالى ، لأن الالتزام أثر للعقد وليس محلاله .

وقد جاء تعريف الفقه الاسلامى للشركة منصبا على محل العقد . فقد نصت المادة ١٣٢٩ من المجلة على أن « شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم» .

(انظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٢ و ٣٠٣) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٢ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٥٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٤٧٨)

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر المنصوص عليها فى المادة التالية .

٢ - ومع ذلك فللغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون .

٢ - ومع ذلك للغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة «اجراءات النشر المنصوص عليها فى المادة التالية» بعبارة «اجراءات النشر التى يقررها القانون » . اذ أن التقنين الحالى لم يرد فيه بيان لهذه الاجراءات فرؤى استحداث المادة التالية لهذا الغرض .

انظر النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٩٠) ومذكرته الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٤-٣٠٧ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الفقه الاسلامى يعتد بالشخصية الاعتبارية ويرتب عليها أحكاما فى حالات عديدة كالوقف وبيت المال . كما أن المادة ١٣٥٠ من المجلة يتضح منها ملكية الشركة لرأس المال ، حيث تنص على ما يأتى : « الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر ، فمال الشركة فى يد كل واحد منهما هو فى حكم الوديعة ، فاذا تلف مال الشركة فى يد واحد منهما بلا تعد ولاتقصير فلا يكون ضامنا حصة شريكه » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٧ من التقنين العراقى التى تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٩٠) .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٣ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تعتبر الشركة شخصا حكميا بمجرد تكوينها .

٢ - ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات التسجيل والنشر التى يقررها القانون .

٣ - ولكن للغير أن يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الاجراءات المشار اليها » .

(مادة ٤٧٩)

١ - على كاتب المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن الشركة أن يسجل عقد الشركة بناء على طلب الشريك المنتدب للادارة أو غيره من الشركاء، وذلك فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء الشركات .

٢ - وعلى كاتب المحكمة كذلك أن يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة صورة من عقد الشركة لاثباتها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

٣ - واذا ادخلت تعديلات على عقد الشركة ، وجب تسجيلها على الوجه المبين فى الفقرتين السابقتين ، فيؤشر بها فى هامش التسجيل الأصلى .

هذه المادة مستحدثة .

والغرض منها سد النقص الموجود فى التقنين الحالى فيما يتعلق بنشر الشركة المدنية . حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير باعتبارها شخصا قانونيا .

والسند الشرعى لهذه المادة ما تقتضيه المصلحة من رسم الاجراءات اللازمة لاستقامة التعامل وحفظ الحقوق ورفع النزاع .

ويلاحظ أن قيام كاتب المحكمة بتسجيل عقد الشركة انما يكون بناء على طلب الشريك المنتدب لادارة الشركة أو أى شريك آخر . فقد لايكون للشركة مدير منتدب ، وقد يكون لها مدير منتدب ولكنه لم يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة ، وفى هذه الحالة أو تلك يستطيع أى شريك أن يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة .

كما يلاحظ أن أى تعديل يطرأ على عقد الشركة ، كتعديل اسم الشركة أو مدتها أو مركزها أو هيئة الادارة فيها، يجب استيفاء اجراءات النشر بالنسبة اليه كما هو الشأن بالنسبة الى عقد الشركة . حيث يؤشر بهذه التعديلات فى هامش تسجيل العقد .

وبدون استيفاء اجراءات النشر على الوجه المبين فى المادة المقترحة لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما ادخل عليه من تعديلات . وهذا جزاء اقتصر فيه المشروع على القواعد العامة .

(مادة ٤٨٠)

اذا تغير موطن الشركة ، وجب أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها الموطن السابق ، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن أن يرسل صورة من عقد الشركة والتعديلات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة . اذ أن تغيير موطن الشركة من قبيل التعديلات التى يمكن ادخالها على عقد الشركة ، ومن ثم يجب أن تنفذ بالنسبة اليها اجراءات النشر اللازمة .

(١) أركان الشركة

(مادة ٤٨١)

١ – يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى افرغ فيه ذلك العقد .

٢ – غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم ، الا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٢٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٤ من التقنين الاردنى .

وسندها الشرعى قوله سبحانه وتعالى : « يأيها الذين آمنو اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » . اذا أن الكتابة فى التعامل من شأنها حماية الحقوق ورفع النزاع .

انظر المذكرة الايضاحية لنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٩١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٨ – ٣١٠

(مادة ٤٨٢)

تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٨ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة فى طبيعتها ، **وأن تكون ملكية أموال أو مجرد الانتفاع بهذه الأموال** .

٢ – وتعتبر الحصص عند الشك متساوية فى القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » . وهذه المادة تطابق المادة ٦٩٢ الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (انظر المذكرة الايضاحية لنص المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٢ – ٣١٤) .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥٨٥/٢ والمادة ٥٨٦/١ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٥٨٥/٢ من هذا التقنين تنص على أنه « يجوز أن تكون حصص الشركاء متساوية أو متفاوتة ، ولا يجوز أن يكون الدين فى ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال للشركة » .

والمادة ٥٨٦/١ تنص على أنه « **يجوز أن تكون حصة الشريك فى** الشركة حق ملكية أو حق منفعة أو أى عينى أخر ... » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ١٣٩٩ و ١٤١١ من المجلة .

(مادة ٤٨٣)

لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٩ من التقنين الحالى .

وحكمها يتفق مع القواعد العامة .

انظر المذكرة الايضاحية لنص المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٣ و ٣١٤ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حصة الشريك المشار اليها ليست مالا ولا عملا ، الأمر الذى يتعارض مع مفهوم الشركة .

(مادة ٤٨٤)

اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، جاز للشركة ، فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب تأخره فى هذا الوفاء .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ، ولم

يقدم هـذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » .

وقد عدل هذا النص بحذف ماينعلق فيه بالفوائد جريا على خطة المشروع فى تحريمها . ولكن اذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود ولم يقدمه فى الوقت المقرر ، فانه يجوز للشركة، فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر بسبب تأخره فى هذا الوفاء . وذلك تطبيقا للقاعدة الواردة فى المادة ٢٣٦ من المشروع التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » .

وقد نص التقنين الكويتى فى المادة ٣٠٦ منه على قاعدة تتفق فى الجملة مع القاعدة التى أوردها المشروع فى المادة ٢٣٦ المذكورة . وقد سبق ذكر النص الكويتى تحت المادة ٢٣٦ من المشروع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٠ من التقنين العراقى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥١٠ من التقنين المصرى الحالى .

والهدف من المادة المقترحة هو حماية الثقة التى يجب أن تسود التعامل . ولا تابى الشريعة الاسلامية التعويض عن الضرر الذى يلحق الدائن ، وهو الشركة فيما نحن بصدده ، فى الحالة التى تتناولها هذه المادة .

(مادة ٤٨٥)

١ ـ اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة اذا هلكت ، أو استحقت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص .

٢ ـ اما اذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فان أحكام الايجار هى التى تسرى فى كل ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٣١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٨٦/١و٢ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٩٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٩ ـ ٣٢١ .

وأنظر فى الفقه الاسلامى م ١٣٤٢ من المجلة .

(مادة ٤٨٦)

١ ـ اذا تعهد الشريك بان يقدم حصته فى الشركة عملا ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التى تعهد بها ، وان يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذى قدمه حصة له .

٢ ـ على أنه لايكون ملزما بان يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، الا اذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٣٢ من التقنين العراقى .

وتقابل الفقرة الثالثة من المادة ٥٨٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا كانت الحصة عملا ، وجب على الشريك أن يقوم بالخدمات التى تعهد بها فى العقد » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٩٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٢٢ و٣٢٣ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد أنظر فى هذا : م١٣٤٥ ـ ١٣٤٧ و ١٣٥٩ و ١٣٩٦ من المجلة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ماجاء فى قوله سبحانه وتعالى : (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) . أو قوله عليه الصلاة والسلام : (المسلمون عند شروطهم » . اذ أن من شرط على نفسه عملا فى الشركة وجب عليه أداؤه على الوجه المتفق عليه .

(مادة ٤٨٧)

اذا كانت الحصة التى قدمها الشريك هى ديون له فى ذمة الغير ، فلا ينقضى التزامه للشركة الا اذا استوفيت هذه الديون . ويكون الشريك فوق ذلك مسئولا عن تعويض الضرر اذا لم توف الديون عند حلول أجلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٣٣ من التقنين العراقى .

وتقابل ماتنص عليه المادة ٥٨٥/٢ من التقنين الأردنى من أنه «لايجوز أن يكون الدين فى ذمة الغير أو حصة فيه راس مال الشركة» .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٢٥ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة مانصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة من أنه « اذا قال رب المال فى المضاربة للمضارب أقبض الدين الذى لى فى ذمة فلان واستعمله على طريق المضاربة وقبل فتكون صحيحة » .

(مادة ٤٨٨)

١ ـ اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ ـ أما نصيب كل من الشركاء فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . ويقع باطلا كل أتفاق على خلاف ذلك .

٣ ـ واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله . واذا قدم فرق عمله نقودا أو أى شئ آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٤ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال.

٢ ـ فاذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا ، وكذلك الحال اذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ ـ واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل، فاذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شئ آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة بالفقرة الأولى من نص التقنين الحالى . حيث انه فى حالة عدم الاتفاق على نصيب كل من الشركاء فى الربح ، يكون نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال . ويجوز الاتفاق على غير ذلك . اذ أن هذا الجواز انما يقتصر على التعديل فى نسبة الربح على خلاف ماتقضى به القاعدة .

٢ ـ أوجبت الفقرة الثانية من المادة المقترحة أن يكون نصيب كل من الشركاء فى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

٣ ـ عدلت الفقرة الثالثة من نص التقنين الحالى بما يفيد أنه فى حالة ما اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله،يكون نصيبه فى الخسارة هو عمله .

والسند الشرعى لهذه التعديلات مايأتى :

١ ـ ففيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٣٧١ من المجلة على أنه «اذا تساوى الشريكان فى رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما فالشركة صحيحة » . كما نصت المادة ١٣٧٢ من المجلة على أنه « اذا شرط تقسيم الربح على التساوى بين الشريكين اللذين رأسمالهما متفاضل فيكون شرط أخذ حصة الزيادة من الربح صحيحا » .

٢ ـ وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة،نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن «الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال ، واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

٣ ـ وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة المقترحة، نصت المادة ١٤٢٨ من المجلة على مايأتى :

« على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا الى رب المال ، واذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٤ من التقنين العراقى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٧ من التقنين الأردنى .

(مادة ٤٨٩)

اذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٥ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ اذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

٢ ـ ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله » .

وقد رؤى حذف الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى اتساقا مع ماتقرر فى المادة السابقة من أنه اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، كان نصيبه فى الخسارة هو عملة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن اشتراط عدم مساهمة أحد الشركاء فى أرباح الشركة أو فى خسائرها شرط ينافى مقتضى العقد .

وقد نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن « الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار راس المال ، واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٠ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ٥١٥ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٦٣٥ من التقنين العراقى .

(٢) ادارة الشركة

(مادة ٤٩٠)

١ ـ للشريك المنتدب للادارة بنص خاص فى عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الادارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولايجوز عزل هذا الشريك من الادارة دون مسوغ ، مادامت الشركة باقية .

٢ ـ واذا كان انتداب الشريك للادارة لاحقا لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز فى التوكيل العادى .

٣ ـ أما المديرون من غير الشركاء ، فهم دائما قابلون للعزل .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٣٦ من التقنين العراقى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٩٢ / ١و٣ من التقنين الأردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ اذا اتفق فى عقد الشركة على انابة أحد الشركاء فى تمثيل الشركة وادارة أعمالها تثبت له وحده ولاية التصرف فى كل ماتناولته الانابة وما يتصل بها من توابع ضرورية .

٣ ـ ولا يجوز عزل من اتفق على انابته فى عقد الشركة ولا تقييد تلك الانابة دون مسوغ مادامت الشركة قائمة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٩٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٩ . وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٨٢ و ١٤١٦ من المجلة . فقد نصت المادة ١٣٨٢ على أنه « اذا فوض أحد الشريكين أمور الشركة الى رأى الآخر فله أن يعمل كل شىء من توابع التجارة ، لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التمليك بغير عوض». اذ أن هذا التفويض انما يكون فى عقد الشركة .

(مادة ٤٩١)

١ ـ اذا تعدد الشركاء المنتدبون للادارة دون أن يعين اختصاص كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أى منهم بالادارة ، كان لكل منهم أن يقوم منفردا بأى عمل من أعمال الادارة ، على أن يكون لكل من باقى الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه . وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض ، فاذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعا .

٢ ـ أما اذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالاجماع أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، الا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لاتستطيع الشركة تعويضها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٣٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٩٢/ ٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا كانت الانابة لأكثر من شريك ، ولم يؤذن لهم بالانفراد ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا فيما لايحتاج فيه الى تبادل الرأى أو فى أمر عاجل يترتب على تفويته ضرر للشركة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٤١ ـ ٣٤٣).

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن من ينتدب لادارة الشركة يكون بمثابة وكيل .

(مادة ٤٩٢)

اذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية العددية ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٨ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٣٨ من التقنين العراقى التى تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠١) .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٤٤ .

(مادة ٤٩٣)

ليس للشركاء من غير المديرين حق الادارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها . وكل اتفاق يخالف ذلك فهو باطل .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥١٩ من التقنين الحالى التى تنص على أن «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الادارة ، ولكن يجوز لهم أن

يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٣٩ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٦ من التقنين الأردنى .

إنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٤٦ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٧٥ من المجله .

(مادة ٤٩٤)

اذا لم يوجد نص خاص على طريقه الادارة ، اعتبر كل شريك مفوضا من الاخرين فى اداره الشركه ، وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون الرجوع الى غيره من الشركاء . على ان يكون لهؤلاء أو لأى منهم حق الاعتراض على اى عمل قبل تمامه . ولاغلبيه الشركاء الحق فى رفض هذا الاعتراض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين العراقى التى تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٧٠٣) .

وتقابل المادة ٥٩٣/٢ و ٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

٢ ـ للمدير أن يتصرف فى حدود أغراض الشركة التى نيطت بــه على أن يتقيد فى ذلك بنصوص العقد ، فان لم تكن فيما جرى به العرف التجارى .

٣ ـ اذا خرج المدير عن نطاق اختصاصه ضـمن كل ضرر يلحـق بالشركة من جراء تصرفه » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى الحالى (م ٧٠٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص٣٤٨ ـ ٣٥٠ .

وانظر فى الفقة الاسلامى : م ١٣٧٢ و ١٣٧٩ و ١٣٨٦ و ١٣٨٩ من المجلة .

(٣) آثار الشركة

(مادة ٤٩٥)

١ ـ على الشريك ان يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركــة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة ، الا اذا كان منتدبا للادارة باجر فلا يجوز أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل العادى .

٢ ـ وعليه أن يمتنع عن أى نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفا للغرض الذى انشئت لتحقيقه .

هــذه المـادة تطابق المـادة ٥٢١ من التقنين الحالى ، مع تغيير وضع كل من الفقرتين ، بحيث اصبحت الفقره الاولى فى نص هـذا التقنـين هى الفقره الثانية فى المـادة المقترحه ، لان الحكم الذى تنص عليــه هذه الفقرة الثانيه يعتبر نتيجه لحكم الفقرة الاولى.اذ ان واجب الشريك فى أن يبذل من العنـايه فى تدبير مصـالح الشركه مايبذله فى تدبير مصالحه الخاصه يترتب عليه ان يمتنع الشريك عن اى نشاط يلحق الضرر بالشركه او يكون مخالفا للغرض الذى انشئت من اجله .

والمـادة المقترحه تطابق المـاده ٦٤١ من التقنين العراقى ، مع اختلاف وضع كل من الفقرتين .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين الاردنى .

انظر المـذكره الايضاحيه للنص المقابل فى المشروع التمهيــــــدى للتقنين الحالى (م ٧٠٤) فى مجموعه الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٥٢

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٠ من المجلة. البدائع ج٣ ص٦٨ . المغنى ج ٥ ص ٤٦ .

(مادة ٤٩٦)

١ ـ اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، وجب عليــه تعويض الضرر الذى يلحق بها من جراء ذلك .

٢ ـ واذا أمـد الشريك الشركـة من ماله ، أو أنفق فى مصـلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر ، وجب له على الشركة تعويض الضرر الذى يلحق به من جراء ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على مـا يأتـى :

« ١ ـ اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء .

٢ ـ واذا أمد الشريك الشركة من ماله،أو أنفق فى مصلحتهاشيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركــة فوائد هذه المبـالغ من يوم دفعها » .

قد عدلت هذه المادة فى فقرتيها بحذف العبارات التى تتحدث عن الفوائد ، واستعيض عنها فى الفقرة الاولى بما يفيد التزام الشريك بتعويض الضرر الذى يلحق الشركة من جراء أخذه مبلغا من مال الشركة أو احتجازه ، وفى الفقرة الثانية بما يفيد التزام الشركة بتعويض الضرر الذى يلحق الشريك من جراء مد الشركة من ماله أو انفاقه فى مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر . وذلك فى ضوء الخطة التى جرى عليها المشروع فى تحريمه للفوائد ، وتطبيقا للقاعدة الواردة فى المادة ٢٣٦ من المشروع التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وتاخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التاخير» . ذلك أن الشريك اذا أخذ مبلغا من مال الشركة أو احتجزه ، وجب عليه أن يدفعه فورا للشركة ، فاذا تاخر فى دفعه التزم بتعويض الضرر الذى يلحق بالشركة بسبب هذا التاخير . واذا مد الشركة من ماله أو انفق فى مصلحتها مصروفات نافعة، وجب على الشركة أن تدفع له فورا مقدار ماقدمه لها من مال أو ماأنفقه لمصلحتها ، فاذا تاخرت فى دفعه التزمت بتعويض الضرر الذى يلحق بالشريك بسبب هذا التاخير .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « لايجوز للشريك ان يحتجز لنفسه شيئا من مال الشركة ، فان فعل كان ضامنا كل ضرر يلحق بها من جراء هذا الاحتجاز » .

أنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٥ من المجلة، وهى تتحدث عن حق الشركة فى استرداد ما أخذه الشريك من مال الشركة، وم١٣٨١و ١٤١٩ من المجلة، وهما تتحدثان عن حق الشريك فى استرداد ماأنفقه لمصلحة الشركة .

(مادة ٤٩٧)

اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

١ ـ اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة .

٢ ـ وفى كل حال يكون لدائنى الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التى تخصصت له فى أرباح الشركة » .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ ـ حذفت من الفقرة الأولى عبارة « مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى » . وذلك اتساقا مع ماتقدم تقريره من أن الخسائر التى يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته فى راس المال .

٢ ـ حذفت الفقرة الثانية اتساقا مع ما تقدم تقريره من ان الخسائر التى يتحملها أحد الشركاء يجب ان تكون بنسبة حصته فى راس المال .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٤٣ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٢٣ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٩٩ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما جاء فى رد المحتار : « وكل دين لزم أحدهما كان مشتركا » (ج٣ ص٥٢٣) . وما جاء فى الفتاوى الهندية : « ما وجب على أحدهما فلصاحب الدين ان يؤاخذ كل واحد منهما ، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر » .

(مادة ٤٩٨)

١ ـ لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

٢ ـ غير انه اذا اعسر احد الشركاء ، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٤ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢/٥٩٩ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا اشترط تكافل الشركاء فى عقد الشركة فانهم يتحملون الدين جميعا بالتضامن » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٠ و ٣٦١

وأنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٥٦ من المجلة .

(مـادة ٤٩٩)

اذا كان لاحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم اثناء الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وانما لهم ان يتقاضوها مما يخصه فى الارباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم ان يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى أموال الشركة بعد استنزال ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المـادة ٦٤٥ من التقنين العـراقى .

وتقابل المـادة ٦٠٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان أحد الشركاء مدينا لآخر بدين شخصى فليس لدائنه ان يستوفى حقه مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال قبل تصفية الشركة . ولكن يجوز له استيفاؤه مما يخص المدين من الربح .

٢ - اما اذا كان عقد الشركة يتضمن التكافل بين الشركاء فلهـذا الدائن استيفاء دينه من رأس مال الشركة بعد تصفيتها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٣ .

والسند الشرعى لهذه المادة هو ما تقرر من ان للشركة شخصية اعتبارية ، وان هذه الشخصية تنتهى فى الوقت الذى تتم فيه التصفية .

٤ - انقضـاء الشركـة

(مـادة ٥٠٠)

١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعـاد المعين لها ، أو بانتهـاء العمل الذى قامت من اجله .

٢ - فاذا مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد انتهاء العمل الذى قامت من اجله . كانت هناك شركة جديدة . أما اذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ، كان ذلك استمرارا للشركة .

٣ - واذا انقضى الميعاد المعين أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تالفت لها الشركة . تجدد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٤ - ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد او التجديد ، ويترتب على اعتراضه وقف اثره فى حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على مـا يأتى :

« ١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعـاد المعين لها . أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله .

٢ - فاذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تالفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٣ - ويجوز لدائن احد الشركاء ان يعتـرض على هـذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - اضيفت فقرة جديدة ، هى الفقرة الثانيـة فى المادة المقترحة ، لاظهار الفارق بين امتداد الشركة وتجديدها . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تجرى بهذا المعنى فتقول : « اذا مد أجل الشركة بعد انقضـاء المـدة المحددة لها كانت هناك شركة جديدة . اما اذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمرارا للشركة الأولى » . اذ أن مد أجل الشركة بعـد انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد انتهاء العمل الذى قامت من أجله ، يكون تجديدا صريحا للشركة . أما اذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ، فان هذا يكون امتدادا للشركة .

٢ - جرى اصـلاح الخطأ الموجود فى الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى ، وذلك باستبدال عبارة « تجدد العقد » بعبارة « امتد العقد » ، لأن اسـتمرار الشركاء فى القيام بعمل من نوع الأعمال التى تالفت لها الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين أو انتهاء العمل ، يعتبر تجديدا ضمنيا للعقد .

٣ ـ اضيفت الى الفقرة الأخيرة عبارة « أو التجديد » ، اذ أن اعتراض أحد الشركاء يصح أن يشمل الامتداد أو التجديد .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٦/أ و ب والمادة ٦٤٧ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦٠١ والمادة ٦٠٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/أ و ب و م ٧١١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٥ ـ ٣٧١ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٤٠٧ و ١٤٢٢ من المجلة .

(مادة ٥٠١)

١ ـ تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لاتبقى فائدة فى استمرارها .

٢ ـ واذا كان احد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشىء قبل تقديمه ، اصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٦/ج من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠١/٢ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/ج و م ٧١٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٩ وص ٣٧٣ و ٣٧٤ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٤٢٧ من المجلة .

(مادة ٥٠٢)

١ ـ تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بافلاسه

٢ ـ ومع ذلك يجوز الاتفاق على انه اذا مات احد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ، ولو كانوا قصرا .

٣ ـ ويجوز كذلك الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب وفقا لأحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء . وفى هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته الا نصيبه فى أموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذى أدى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له نقدا . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٨ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو باعساره » من الفقرة الأولى ، وحذف عبارة « أو أعسر » من الفقرة الثانية ، نظرا الى أن المشروع لم يورد تنظيما للاعسار ، على خلاف التقنين الحالى ، للاعتبارات التى تقدم ذكرها (راجع النظرة العامة فيما يتعلق بالوسائل التى تكفل حقوق الدائنين) .

وتطابق المادة ٦٤٦/د والمادة ٦٤٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٣ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/د و م ٧١٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦٦ ـ ٢٧٠ و ٢٧٧ و ٢٧٨ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٢ من المجلة .

(مادة ٥٠٣)

١ ـ تنتهى الشركة بانسحاب أحد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك ارادته فى الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله ، والا يكون انسحابه عن غش او فى وقت غير لائق .

٢ ـ وتنتهى كذلك باجماع الشركاء على حلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « كذلك » فى الفقرة الثانية بكلمة « أيضا » .

وتقابل المادة ٦٤٦/هـ ، و من التقنين العراقى التى تنص على أن « تنتهى الشركة باحد الأمور الآتية :

(هـ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة اذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك ارادته فى الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر ، وعلى الا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير مناسب .

(و) باجماع الشركاء على حلها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/هـ ، و) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٦ ـ ٣٧٠ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م١٣٥٣ و ١٤٢٤ من المجلة .

(مادة ٥٠٤)

١ ـ يجوز للمحكمة ان تقضى بحل الشركة بناء على طلب احد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به او لأى سبب آخر لا يرجع الى الشركاء . ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل .

٢ ـ ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠٤ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو الحق بالشركة ضررا جوهريا من جراء تولى شئونها » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٨٥ و ٣٨٦ .

وأنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٥٠٥)

١ ـ يجوز لكل شريك ان يطلب من القضاء الحكم بفصل اى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد اثار اعتراضا على مد اجلها او تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة ، على ان تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين .

٢ ـ ويجوز كذلك لأى شريك ، اذا كانت الشركة معينة المدة ، ان يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند فى ذلك الى اسباب معقولة ، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقى الشركاء على استمرارها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الاردنى .

وتطابق فقرتها الأولى المادة ٦٥٠ من التقنين العراقى .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٨٨ .

والسند الشرعى للنص المقترح ما تنص عليه المادة ١٩ من المجلة : « لا ضرر ولا ضرار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ من المجلة : « الضرر يزال » .

٥ ـ تصفية الشركة وقسمتها

(مادة ٥٠٦)

تتم تصفية اموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد . وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٥١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة التى ارتضاها الشركاء ، فاذا لم يتفقوا جاز لأى من أصحاب المصلحة أن يطلب من المحكمة تعيين مصف أو أكثر لاجراء التصفية والقسمة » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٠ و ٣٩١ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١١١٤ و ١١٢٠ من المجلة .

(مادة ٥٠٧)

تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى ان تنتهى هذه التصفية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٥٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكم الشطر الأخير منها مع المادة ١/٦٠٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « تبقى للشركة شخصيتها الحكمية بالقدر اللازم للتصفية » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٢ و ٣٩٣ .

والسند الشرعى للنص المقترح أن مدير الشركة بمثابة وكيل ، فاذا مات الموكل انتهت الوكالة .

(مادة ٥٠٨)

١ ـ يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، اما جميع الشركاء واما مصف واحد او اكثر تعينهم اغلبية الشركاء .

٢ ـ واذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفى ، تولى القاضى تعيينه بناء على طلب احدهم .

٣ ـ وفى الحالات التى تكـون فيها الشركة باطله ، تعين المحكمـة المصفى ، وتحدد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذى شان •

٤ ـ وحتى يتـم تعيين المصفى يعتبر المديرون بالنسبة الى الغير فى حكم المصفين •

هذه المـادة تطابق المـادة ٥٣٤ من التقنين الحالى •

وتطابق المـادة ٦٥٣ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكم الفقرة الأخيرة منها مع المادة ٢/٦٠٧ من التقنين الاردنى •

انظر المذكـرة الايضاحيـة للنص المقابل فى المشروع التمهيـدى للتقنـين الحـالى (م ٧١٨) فى مجموعـة الأعمـال التحضيريـة ج٤ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٧ •

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١١١٤ و ١١٢٠ ـ ١١٢٢ من المجلة •

(مادة ٥٠٩)

١ ـ ليس للمصفى أن يبدأ اعمالا جديدة للشركة ، الا ان تكون لازمة لاتمام اعمال سابقة •

٢ ـ ويجوز له ان يبيع مال الشركة منقولا او عقارا ، اما بالمزاد واما بالممارسة ، ما لم ينص فى امر تعيينه على تقييد هذه السلطة •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٥ من التقنين الحالى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٤ من التقنين العراقى ، فيما عـدا أن بيع مال الشركة لا يكون الا بالقدر اللازم لوفاء الديون فى هذا التقنين •

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٨ ـ ٤٠١ •

(مادة ٥١٠)

١ ـ تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل او الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات او القروض التى يكون احد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة •

٢ ـ ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى راس المال كما هى مبينة فى العقد ، او يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها فى العقد ، مما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عملة او اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه او على مجرد الانتفاع به •

٣ ـ واذا بقى شىء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح •

٤ ـ اما اذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بنسبة حصة كل منهم فى راس المال •

هذه المـادة تطـابق المـادة ٥٣٦ من التقنين الحالى ، مع استـبدال عبارة « بنسـبة حصة كل منهم فى راس المـال » فى نهاية الفقـرة الأخيرة بعبارة « بحسب النسـبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر » وذلك اتساقا مع ما تقدم تقريره من أن توزيع الخسائر على الشركـاء يجب أن يكون بنسـبة حصـة كل منهم فى راس المـال •

وتقابل المادة ٦٥٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين المصرى الحالى •

وتقابل المادتين ٦٠٨ ، ٦١٠ من التقنين الأردنى اللتين تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٣٦ من التقنين المصرى الحالى •

أنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٤ من المجلة •

(مادة ٥١١)

تتبع فى قسمة أموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٧ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « قسمة أموال الشركة » بعبارة « قسمة الشركات » •

وتطابق المادة ٦٥٦ من التقنين العراقى •

وتطابق المادة ٦٠٩ من التقنين الأردنى ، فيما عدا العبارة المستبدلة فى نص التقنين المصرى الحالى •

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (مادة ٧٢١) فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ج٤ ص٤٠٦ •

الفرع الثانى

بعض أنواع الشركات

نظرة عامة

نظم المشروع ثلاثة أنواع خاصة من الشركات استمدها من الفقه الاسلامى ، وهى شركة المضاربة وشركة الأعمال وشركة الوجوه ، وذلك لتخليص التعامل مما يشوبه من أوضاع غير شرعية ولمواجهة الواقـع العملى فى مجتمعنا •

- وأولى هذه الشركات وأهمها هى شركة المضاربة التى يساهم فيها رب المال بتقديم رأس المال ويساهم فيها المضارب بالعمل • فهى البديل الشرعى لنظام القرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة هذا المشروع والسير فيه • اذ ان ما يجرى حاليا هو ان يلجأ صاحب المشروع الى مصرف أو هيئة أخرى أو أحد الأفراد ، فيحصل منه على قرض، بمبلغ من المال بفائدة يتفق عليهـا ، وهو ما يعنى التعامل بالربا • والبديل الشرعى لهذا الضرب من التعامل ان تقوم شركة يساهم فيها رب المال ، وهو المصرف أو الهيئة أو أحد الأفراد ، برأس المال ، ويساهم فيها المضارب ، وهو صاحب المشروع ، بعمله ، على أن يقتسم الطرفان الربح بنسبة يتفق عليها • وقد انتشرت الآن المصارف الاسلامية بدرجة ملحوظة واتخذت من شركة المضـاربة نظاما شرعيا سواء فى علاقتها بأصحاب الودائع أو فى علاقتها بأصحاب المشروعات •

أما شركة الأعمال فيساهم فيها كل شريك بعمله ، حيث يقوم الشركاء بعمل معين لصالح الغير فى مقابل أجر معين يقسم بينهم بنسبة يتفق عليها • وهذا النوع من الشركات يواجه واقعا عمليا • كأن تقوم شركة بين عدد من المهنيين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين • أو تقوم شركة بين عدد من الحرفيين ، كأصحاب الصنائع •

أما شركة الوجوه فتقوم على شراء مال نسيئة ثم بيعـه واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح •

شركة المضاربة

(مادة ٥١٢)

المضاربة شركة يساهم فيها رب المال برأس المال ، ويساهم المضارب بالعمل •

هذه المادة مستحدثة كبقية النصوص فى شركة المضاربة •

ففى شركة المضاربة يقدم أحد الطرفين المال ، ويقدم الطرف الآخر العمل ، ويقتسمان الربح بنسبة يتفق عليها •

ونصوص المضاربة جميعها مستمدة من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفة كما سبق القول •

فقد نصت المادة ١٤٠٤ من المجلة على أن « المضاربة نوع شركة على أن رأس المال من طرف والسعى والعمل من الطرف الآخر • ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب • » •

ونصت المادة ٤٣٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « المضاربة عقد شركة فى الربح بمال من جانب وعمل من جانب » • وقد جاء فى مذكرتها الايضاحية أن المضاربة لغة من الضرب فى الأرض بمعنى السير فيهـا • فقـد قال سـبحانه وتعالى : « وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله » • واصطلاحا دفع المال الى من يتصرف به ليكون الربح بينهما على ماشرطا •

انظر : ابن عابدين ج٤ ص٥٠٤ • فتح التقدير ج٧ ص٥٨ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٠ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢١ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٣)

يجب أن تتوافر لدى كل من رب المال والمضارب أهلية التصرف •

هذه المـادة مستحدثة •

وفى الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفه نصت المادة ١٤٠٨ من المجلة أنه « تشترط أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة » •

ويؤخـذ من هذا النص أن رب المال يجب أن تتوافر لديه أهليـة التصرف ، وهو مايتفق مع النص المقترح بالنسبة الى رب المـال • أما أهلية الوكالة بالنسبة الى المضارب ، فقد روى أنها لاتكفى ، فقد تكون دون أهلية التصرف ، مع ان أعمال الاستثمار التى يباشرها المضارب غالبا ماتكون من أعمال التصرف ، ولذلك سوى النص المقترح بين رب المال والمضارب فى اشتراط أهلية التصرف لدى كل منهما •

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٦٦١/أ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المجلة •

وتقابل المـادة ٦٢٢/١ من التقنين الأردنى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المجلة •

(مادة ٥١٤)

يشترط أن يكون رأس المـال مبلغا من النقود ، وأن يكون معلوما للطرفين ، وأن يسلم الى المضارب •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تعدد الشروط التى يجب توافرها فى رأس مال المضاربة وفقا لما يقرره الفقه الاسلامى •

فيشترط أن يكون رأس المال فى المضاربة مبلغا من النقود • فلايجوز أن يكون عقارا ، أو من العروض ، أو دينا فى الذمة • لكن اذا أعطى رب المال للمضارب عقارا أو عروضا ، وعهد اليه ببيعها والمضاربة بثمنها، فقبل المضارب وقبض المال وباعه واتخذ من ثمنه النقدى رأس مال ، فتكون المضاربة صحيحة • كذلك اذا عهد رب المال الى المضارب أن يقبض الدين الذى له فى ذمة شخص معين محددا مقداره لكى يستخدمه بطريق المضاربة وقبل ، فتكون المضاربة صحيحة • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة •

ويشترط أن يكون رأس المال معلوما للطرفين • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١١ من المجلة والمادة ٢/٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه • اذ أن رأس المال عنصر جوهرى فى المضاربة ، فيجب أن يكون مقداره معلوما للطرفين •

ويشترط أن يسلم رأس المال الى المضارب • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٠ من المجلة ، وما جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ، حتى يستطيع المضارب أن يتصرف فيه على النحو المقصود فى المضاربة •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦١/ب من التقنين العراقى •

وتقابل المادة ٦٢٢/٢و٣ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٥)

يصح ان تكون المضاربة مطلقة ، او تكون مقيده بزمان او مكان او نوع من الأعمال او غير ذلك من الشروط •

هذه المادة مستحدثة •

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى •

فقد تكون المضاربة مطلقة ، بحيث لايتقيد المضارب فى ممارسة نشاطه بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط • وقد تكون مقيدة بشرط من هذا القبيل • وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤٠٦ و ١٤٠٧ من المجلة •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٤ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٦)

اذا كانت المضاربة مطلقة ، كان للمضارب ان يقوم بجميع التصرفات والأعمال التى تقتضيها طبيعة الأستثمار وفقا للعرف السائد فى هذا الشأن •

هذه المادة مستحدثة •

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى •

فاذا كانت المضاربة مطلقة ، كان المضارب ماذونا فى القيام بجميع ما تقتضيه المضاربة وما يتفرع عنها • فيجوز له البيع والشراء من أجل الربح والتوكيل بالبيع والشراء وايداع مال المضاربة والرهن والارتهان والايجار والاستئجار • وله البيع بالنقد أو بالنسيئة للأجل المتعارف بين التجار • وله أن يقبل الحوالة بثمن المال الذى باعه • وليس له أن يشترى المال بالغبن الفاحش ، فان فعل ذلك عد مشتريا لحسابه فلا يدخل المال فى حساب المضاربة • وهذا مانصت عليه المادة ١٤١٤ من المجلة والمواد ٤٤٣ ـ ٤٤٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه (أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المواد • وانظر أبن عابدين ج ٤ ص٥٠٦ و٥٠٧) •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٤ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥/١ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٧)

اذا كانت المضاربة مقيدة ، وجب على المضارب ان يراعى الشرط المتفق عليه ، فان خالفه كان ضامنا مايصيب مال المضاربة من هلاك أو تلف وما يلحق رب المال بسبب هذه المخالفة من ضرر •

هذه المادة مستحدثة •

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى •

فاذا كانت المضاربة مقيدة بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط ، التزم المضارب بمراعاة ما اتفق عليه من قيود • فاذا خالف المضارب الشرط كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر • فاذا وقت رب المال المضاربة بزمان معين ، انتهت المضاربة بمضى هذا الزمان • واذا نهى رب المال المضارب عن الذهاب بمال المضاربة الى مكان معين، أو عن البيع بالنسيئة، فذهب الى هذا المكان أو باع بالنسيئة ، كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر • وهذا ما نصت عليه المواد ١٤٢٠ ـ ١٤٢٣ من المجلة •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٦ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥ / ٢ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٨)

١ ـ لا يجوز للمضارب ان يخلط مال المضاربة بماله ولا ان يعطيه للغير مضاربة ، الا اذا جرى العرف بذلك ، او فوضت اليه امور المضاربة بحسب ما يراه •

٢ ـ ولايجوز له فى اى حال ان يهب مال المضاربة او يقرضه ولان يقترض الى حد يصبح معه الدين اكثر من راس المال ، الا باذن صريح من رب المال •

هذه المـادة مستحدثه ٠

وهي مستمدة من الفقة الاســـلامى ٠

فالمضارب،ولو كانت المضاربة مطلقة،لا يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله لكي يستثمره معه ، ولا أن يعطيه للغير مضاربة ٠ غير أنه يستثنى من ذلك أن يكون العرف قد جرى على جواز خلط مال المضـاربة بمال المضارب ، او اعطاء مال المضاربة للغير لاستثماره بطريق المضاربة ٠كما يستثنى من ذلك ان يكون رب المال قد فوض المضارب فى أن يتصرف فى أمور المضاربة بحسب رأيه ، حيث يجوز للمضارب فى هذه الحالة أيضـا ان يخلط مال المضـاربة بماله ٠ ففى هـذين الاستثنـاءين يعتبر المضارب ماذونا فى هذين الأمرين ٠ وهذا ما نصت عليه المـادتان ١٤١٥ و ١٤١٦ من المجلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة ٠ كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه فى المتن وفى مذكرتها الايضـاحية ٠

وفى أى حال ، فان المضارب لايجوز له أن يهب مال المضابة أو يقرضه أو يقترض ما يزيد على رأس المال ، ما لم يكن ذلك باذن صريح من رب المـال ٠ وهـذا ما نصت عليه المـادة ١٤١٦ من المجلة بالنسـبة الى المضاربة المطلقة ٠ كما نصت عليه بصفة عامة المـادة ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ٠

ويلاحظ فى هذا الصدد ان نصوص المجلة المشار اليها تقصرحكم المادة المقترحة على المضاربة المطلقة ، وهو ما فعله التقنين العراقى فى المـادة ٦٦٥ منه ٠ ولكن رؤى فى المشروع أن منطق الفكرة يقتضى تعميم الحكم على المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة ، وهو ما فعله التقنين الاردنى فى المادة ٦٢٦ منه وكذلك المادتان ٤٤٦ و ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه ٠

(مادة ٥١٩)

١ ـ يستحق كل من رب المال والمضارب نصيبا فى الربح بحسب النسبة المتفق عليها ٠ فاذا لم يعين عقد الشركة حصة كل منهما قسم الربح بحسب ما جرى به العرف ، فان لم يكن هناك عرف قسم الربح مناصفة بينهما ٠

٢ واذا جاز للمضارب ان يخلط مال المضاربة بماله ، قسم الربح بنسبه راس المـال ، فياخذ المضارب ربح ماله ، ويوزع ربح مال المضاربة على الوجه المبين فى الفقرة الأولى ٠

هذه المـادة مستحدثة ٠

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامى فى المـادتين ١٤١١ و ١٤١٧ من المجلة ، مع اضافة العرف ٠ فقد جاء فى المادة ١٤١١ : « وتعيـين حصة العاقدين من الربح جزءا شائعا كالنصف والثلث ٠ لكن اذا عبــر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا ، فيكون مصروفا الى المساواه ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب » ٠ ونصت المادة ١٤١٧ على أنه « اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربـــح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال ، يعنى انه ياخذ ربح ماله وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذى شرطاه » ٠

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادتين ٦٦٧/١ و ٦٦٨/١ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذا التقنين لم يذكر العرف ٠

وتتفق فى الحكم مع المادة ٦٢٧ من التقنين الاردنى ، فيما عـــدا ان هـذا التقنين لم يذكر العـرف ٠

(مادة ٥٢٠)

١ ـ يتحمل رب المال الخسارة وحده ٠ ويقع باطلا كل شرط على خلاف ذلك ٠

٢ ـ واذا نقص مال المضاربة بسبب الخسارة او التلف ، فان النقص يجبر من الربح ، فان جاوز النقص الربح حسب الزائد من راس المال فلا يضمنه المضارب ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

وحكمها مستمد من الفقه الاسـلامى ٠ فقد نصـت المادة ١٤٢٧ من المجلة على انه « اذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب فى أول الأمر من الربح ولا يسرى الى رأس المال ٠ واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضابة صحيحة أو فاسدة » ٠ ونصـت المـادة ١٤٢٨ على مـا يـاتى : « على كل حـال يكون الضرر والخسار عائدا الى رب المال ٠ واذا شرط كونه مشتركا بينة وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » ٠ ونصت المادة ٤٦٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « ما هلك من مال المضاربة يصرف الى الربح،فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب» ٠

ويلاحظ ان ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من ان رب المال هو الذى يتحمل الخسارة وحده انما يقصد به مقدار الخسـارة فى رأس المال ، باعتبار ان رأس المال هو ما يساهم به رب المال فى الشركة وانه يكون من حقه عند انتهاء المضاربة ٠ فهذا الحكم لايعنى أن المضارب لا يتحمل شيئا من الخسارة ، اذ ان ما يخسره هـو عمله ٠ ولذلك يقع باطلا كل شرط يتفق فيه على ان يتحمل المضارب جزءا من الخسارة فى رأس المال ٠ وقد تقدم ان نصيب الشريك فى الخسـارة يتعين أن يكون بنسبة مايساهم به فى الشركة (انظر المادة ٤٨٨ من المشروع) ٠

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادتين ٦٧٠ و ٦٧١ من التقنـين العـــراقى ٠

وتتلاقى فى حكمها مع المادة ٦٢٨ من التقنين الاردنى •

(مادة ٥٢١)

تنتهى المضاربة بانقضاء الميعاد المعين لها ، او باتمام العمل الذى قامت من اجله • وتنتهى كذلك بموت احد المتعاقدين او الحجر عليه •

هذه المادة مستحدثة •

والسببان الأولان تنتهى بهما الشركة بطريقة طبيعية ، وذلك حين ينقضى الأجل المعين لها أو يتم العمل الذى قامت من أجله •

والسببان الآخران يقضى بهما القواعد العامة فى الشركة •

وقد نص عليها الفقه الاسلامى فى المادة ١٤٢٩ من المجلة التى تقول: « اذا مات رب المال أو المضارب أو جن جنونا مطبقا فتفسخ المضاربة » •

والمادة المقترحة تقابل ما جاء فى المادة ٢/٦٧٣ من التقنين العراقى التى تقول : « وتنتهى المضاربة كذلك بموت رب المال أو المضارب وبانعدام اهليتهما » •

وتتلاقى فى حكمها مع المادة ٦٣٣ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « تنفسخ المضاربة اذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنونا مطبقا أو حجر عليه » •

(مادة ٥٢٢)

١ – يجوز لكل من المتعاقدين ان ينهى المضاربة اذا كانت مطلقة ، على الا يكون ذلك فى وقت غير لائق ، والا ضمن ما يلحق المتعاقد الآخر من ضرر بسبب ذلك •

٢ – ولا يعتبر هذا الانهاء الا من وقت علم المتعاقد الآخر به بموجب انذار رسمى يوجه اليه •

٣ – فاذا انتهت المضاربة على هذا الوجه ، وجب على المضارب ان يمتنع عن التصرف فى مال المضاربة ان كان من النقود ، فان كان من غير النقود جاز له بيعه لتحويله الى نقود •

هذه المادة مستحدثة •

ويحكم الفقرتين الأولى والثانية منها تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بان « تنتهى الشركة بانسحاب أحد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك ارادته فى الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله ، والا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق » (م ١/٥٠٣ من المشروع) •

أما الفقرة الثالثة فتوجب على المضارب أن يمتنع عن التصرف فى مال المضاربة بعد انتهائها اذا كان من النقود • أما اذا كان هذا المال من غير النقود ، فان المضارب يجوز له أن يبيعه لتحويله الى نقود •

وحكم هذه الفقرة مستمد من الفقه الاسلامى • ففى هذا الفقه نصت المادة ٤٢٤ من المجلة على حالة ما اذا أنهى رب المال المضاربة بعزله المضارب فقالت : « اذا عزل رب المال المضارب فيلزم اعلامه بعزله ، فتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل ، ولا يجوز له التصرف بالنقود التى فى يده بعد وقوفه على العزل ، لكن اذا كان فى يده أموال غير النقود فيجوز له أن يبيعها ويبدلها بالنقد » •

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٦٧٤ و ٦٧٥ من التقنين العراقى •

وتقابل المادتين ٦٢٩ و ٦٣٠ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥٢٣)

١ – على اى وجه كان انتهاء المضاربة ، فانه يجب على المضارب ان يصل بالأعمال التى بداها الى حالة لاتتعرض معها اموال المضاربة للخسارة او التلف •

٢ – وفى حالة انتهاء المضاربة بموت المضارب ، يجب على ورثته او نائبيهم ان يبادروا الى اخطار رب المال بموت المورث وان يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال للمحافظة على اموال المضاربة •

هذه المادة مستحدثة •

وقد روعى النص فيما على ما يجب القيام به من اعمال وما يجب اتخاذه من تدابير للمحافظة على أموال المضاربة عند انتهائها أيا كان سبب هذا الانتهاء • اذ أنه عند انتهاء المضاربة تصبح الأموال الموجودة من حق رب المال • فيكون على المضارب أن يقوم بما يلزم من أعمال للمحافظة على هذه الأموال • واذا انتهت المضاربة بموت المضارب ، كان على ورثته من بعده أو نائبيهم ان يتخذوا التدابير اللازمة لكفالة هذه المحافظة • وذلك قياسا على ماهو مقرر فى الوكالة •

اذ الواقع أن أحكام المضاربة مزيج من أحكام الشركة وأحكام الوكالة • ولذلك فان الفقه الاسلامى يعتبر المضارب بمثابة وكيل يشارك فى الربح • حيث نصت المادة ١٤١٣ من المجلة على أن « المضارب أمين ، فرأس المال فى يده فى حكم الوديعة ، ومن جهة تصرفه فى رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربح فيكون شريكا فيه » •

غير أن هذا التصوير ليس دقيقا ، لان للشركة شخصيتها المستقلة ، والمضارب شريك منتدب للادارة ، ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نضجت فى الفقه الاسلامى الى الحد الذى تمتد فيه الى الشركة •

(مـادة ٥٢٤)

اذا مات المضارب ،وكانت اموال المضاربة موجودة عينا ، ردت الاموال الى رب المال . واذا لم توجد هذه الاموال عينا ، ولم يتبين حالها ، كان حق رب المال دينا فى التركة .

هذه المادة مستحدثة .

ويرجع حكمها الى انه عند انتهاء المضاربة تكون اموالها من حق رب المال بعد تقسيم الربح . فاذا كانت هذه الأموال موجودة عينا ، ردت الى رب المال . واذا لم تكن موجودة عينا فقد يتبين حالها ، كان يثبت الوارث أنها ردت الى رب المال او يثبت أنها هلكت اوضاعت بدون تعد من أحد . فاذا لم يتبين حالها على هـذا النحو ، او اثبت رب المال انها هلكت او ضاعت بتقصير من المضارب ، لزم الضمان من التركة .

ويقول الفقه الاسلامى فى هذا المعنى فى المادة ١٤٣٠ من المجلةانه « اذا مات المضارب مجهلا ، فالضمان فى تركته » (انظر م ٨٠١ و ١٣٥٥ من المجلة) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٦٧٣ من التقنين العراقى فى نهايتها من أنه « اذا مات المضـارب مجهلا لمـال المضاربة فالضمان فى تركته » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٣٤ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا مات المضارب مجهلا مال المضاربة ، يكون حق رب المال دينا فى التركة » .

شركة الأعمال

(مادة ٥٢٥)

شركة الأعمـال شركـة يساهم فيها كل شريك بعمل يقـوم به لصالح الغير فى مقابل اجـر يقسم بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الأعمال تقوم على المساهمة بعمل من جانب جميع الشركاء ، فليس فيها راس مال ، وانما يتقبل الشركاء الأعمال التى يطلبها الغير ويتعهدون بالقيام بها ، وذلك فى مقابل اجر يلتزم به الغير ويقسم بينهم على ما شرطوه . كما هى الحال فى شركة تقـوم بين عدد من المهنيين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين ، او تقوم بين عدد من الحرفيين، كأصحاب الصنائع .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٥ من المجلة فى هذا المعنى على ان « شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال . فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذى يطلب ويكلف من طرف المستاجرين ، سواء كانا متساويين او متفاضلين فى ضمان العمل ... » . ونصت المادة ٤٣٢ من مشروع تقنين الشريعةالاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أن « شركة الصنائع ان يشتركا صاحبا صنعة على تقبل الأعمال ويكون الكسب بينهما على ما شرطا . ولا يلزم اتحاد العمل والمكان » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٦ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦١١ من التقنين لاردنى .

(مادة ٥٢٦)

الشركاء مسئولون بالتضامن عن ايفاء العمل المتفق عليه لصالح الغير .

هذه المادة مستحدثة .

ومقتضاها يسال الشركاء عن ايفاء العمل المطلوب لصالح الغير ، وذلك على سبيل التضـامن . فيستطيع الغـير أن يطالب اى شريك بانجاز العمل المطلوب .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٧ من المجلة فى هذا الصـدد على ان « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر فى تقبل العمل . فالعمل الذى تقبله أحدهما يكون ايفاءه لازما عليه وعلى شريكه ايضا ... حيث ان العمل الذى تقبلة أحد الشريكين يطلب ايفاءه المستاجر من أيهمـا اراد ، وكل واحد من الشريكين يكون مجبورا على ايفاء العمل ... » . ونصت المادة ٤٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أنه « تقتضى شركة الصنائع ان يصير كل منهما وكيلا عن صاحبة وضامنا لمـا يتقبله » .

والأدق فى هذا الصدد أن يعتبر الشركاء مسئولين بالتضامن عن ايفاء العمل المطلوب كما يقول النص المقترح .

واذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذى يطلبه الغير ، فان هـذا لا يكون على أساس أن كل شريك يعتبر وكيلا عن الآخر ، وانما يعنى أن كل شريك يعتبر مفوضا من الآخرين فى ادارة الشركة ، مادام أن ليس هناك نص خاص على طريقة الادارة (انظر م ٤٩٤ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/٦١٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « يلتزم كل من الشركاء باداء العمل الذى تقبله وتعهده احدهم » .

وتقابل المـادة ١/٦٧٧ من التقنين العراقى التى تنص على ان « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين فى تقبل العمل ولصاحب العمل أن يطلب ايفاءه من أى شريك » .

(مادة ٥٢٧)

ليس على الشريك ايفاء ما تقبله من العمل بنفسه ، فله ان يعهد به الى آخر من الشركاء أو من غيرهم ، الا اذا شرط عليه صاحب العمل ان يقوم به بنفسه .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يجوز للشريك الذى تقبل العمل ان يقوم به بنفسه ، أو ان يعهد به الى شريك غيره أو الى شخص آخر من غير الشركاء . غير أنه يجب عليه أن يقوم بالعمل بنفسه اذا شرط عليه صاحب العمل ذلك .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٩ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لا يجبر أحد الشريكين على ايفاء ماتقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمله بيده وان شاء يعطيه لشريكه او لآخر . لكن اذا شرط المستاجر عمله بالذات يلزم حينئذ عمله » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦١٣ من التقنين الاردنى .

(مادة ٥٢٨)

يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه فى العقد دون اعتبار لمقدار او نوع العمل الذى يقوم به كل منهم .

وتقسم الخسارة بينهم بنسبة مايضطلع به كل منهم من عمل .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يستحق كل شريك نصيبه فى الربح على ماشرط دون نظر الى مقدار العمل الذى يقوم به او نوعه ، بل وحتى اذا لم يقم به بالفعل ، كما لو كان مريضا او ذهب الى مكان آخر أو لم يساهم فى العمل لكفاية ما يقوم به زملاؤه فى سبيل انجازه . ويتحمل الشريك نصيبه فى الخسارة على مقدار ضمان العمل ، اى بنسبة ما يضطلع به من عمل .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٩١ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا شرط التساوى فى العمل والتفاضل فى الكسب كان جائزا » .

ونصت المادة ١٣٩٢ على ماياتى : « الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة . فاذا عمل أحد الشريكين وحده والآخر لم يعمل ، كما لو مرض أو ذهب الى محل أو جلس بطالا ، فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذى شرطاه » .

ونصت المادة ١٣٩٣ على أنه « اذا تلف أو تعيب المستاجر فيه بصنع أحد الشريكين فيكون ضامنا بالاشتراك مع الشريك الآخر ، والمستاجر يضمن ماله أيا شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان . . . » .

وحكم المادة المقترحة تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بانه اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم بنسبة حصته فى رأس المال . أما نصيب كل منهم فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . واذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله (م ٤٧٨ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المواد ٦٧٩ - ٦٨١ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المواد ٦١٤ - ٦١٦ من التقنين الآردنى .

(مادة ٥٢٩)

١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذى قامت من اجله .

٢ - ويجوز لاى شريك أن ينهى الشركة اذا كانت مدتها غير معينه .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة فى خصوص انتهاء الشركة .

شركة الوجوه

(مادة ٥٣٠)

شركة الوجوه عقد يقوم الشركاء بمقتضاه بشراء مال مشترك بينهم نسيئه بما لهم من اعتبار ، ثم بيعه واقتسام ما ينشا عن ذلك من ربح .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الوجوه ليس فيها رأس مال . فهى أقرب ماتكون الى شركة الأعمال . غير أن عمل الشركاء فيها ان يقوموا بشراء مال مشترك بينهم نسيئة ثم يبيعونه ويقتسمون ماينشا عن ذلك من ربح . وهم يشترون المال المشترك نسيئة بمالهم من اعتبار ووجاهة ، فهم يشترون بوجوههم، أى بوجاهتهم وامانتهم ، لأنه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهه عند الناس .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٣٢ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا لم يكن للشركاء رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئة وتقسيم مايحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه » . ونصت المادة ٤٣٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « شركة الوجوه أن يشترك رجلان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما » .

أنظر المذكرة الايضاحية لهـذه المـادة • وأنظر فتح القدير ج٣ ص ٣٠ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٨ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦١٩ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥٣١)

يضمن الشركاء ثمن المـال المشترى ، كل بنسبة حصته فيه •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تحدد مسئولية الشركاء عن ثمن المال المشترك الذى اشتروه • فكل منهم يضمن الثمن بقدر حصته فى هذا المال •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠١ من المجلة فى هذا المعنى على أن « ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه » •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ماجاء فى هذا الصدد فى المـادة ٦٥٨ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٦١٩ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥٣٢)

يقسم الربح والخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال المشترى • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك •

هذه المادة مستحدثة •

وهى توجب ان يكون ما يصيبه كل شريك من الربح وما يتحمله من الخسارة بقدر حصته فى المال المشترك للشركة ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠٢ من المجلة فى هذا المعنى على أن « تكون حصة كل واحد من الشريكين فى الربح بقدر حصته فى المال المشترى ، واذا شرط الى واحد زيادة على حصته فى المال المشترى فيكون الشرط لغوا ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشترى » • ونصت المادة ١٤٠٣ على أن « يقسم الضرر والخسار فى كل حال على مقدار حصة الشريكين فى المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد أو باشره أحدهما وحده » • ونصت المادة ٤٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « يكون الربح فى شركة الوجوه لكل شريك بقدر ضمانه فى الشىء المشترى » • أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المـادة • وأنظر فتح القدير ج ٣ ص ٣١ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٩ من التقنين العراقى •

وتقابل المادة ٦٢٠ من التقنين الأردنى ، وهى تجيز الاتفاق المخالف •

(مادة ٥٣٣)

١ ـ تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذى قامت من اجله •

٢ ـ ويجوز لاى شريك ان ينهى الشركة اذا كانت مدتها غير معينة •

هذه المادة مستحدثة •

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة فى خصوص انتهاء الشركة •

الفصل الخامس

القـــرض

نظرة عامة فى تحريم الربا •

حرم المشروع الربا • فقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضى فوائـد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأجير فى الوفاء به ، واعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا ما ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة (م ٢٣٥) • واجاز للدائن ، اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتاخر المدين فى الوفاء به ، ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير (م ٢٣٦) • ونظم شركـة المضاربة كبديل شرعى للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع (م ٥١٢ وما بعدها) • وقضى ببطـلان كل شرط بزيادة فى العوض يؤديها المقترض الى المقرض (٥٣٧) • واغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم ، نظرا الى ان الصورة الغالبة فى التطبيق العملى ان يكون العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقـد قرض بفائدة • وتحاشى فى جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد •

(مادة ٥٣٤)

القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على ان يرد المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته •

هذه المـادة تقابل المـادة ٥٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « القرض عقـد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكيـة مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » •

وقد روعى فى تعريف القرض فى المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من القرض ، وذلك على نسق مايراعيه المشروع بالنسبة الى جميع العقود • والعملية القانونية المقصودة من القرض هى انتقال ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف القرض (أنظر النظره العامة التى تقدم ذكرها عن العقود المسماة) •

ويأخذ المشروع فى التعريف المقترح بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى كما سبق القول ، وهو أن الملك ينتقل بالعقد •

ولذلك جاء تعريف الفقه الاسلامى منصبا على محل العقد • فقد نصت المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران على أن « القرض هو أن يدفع شخص لاخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها » • ونصت المادة ١/٢٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « القرض عقد يرد على دفع مال مثلى لاخر ليرد مثله » • ونصت المادة ١١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « القرض اعطاء شئ متمول لنفع المعطى له فى نظير عوض مماثل مؤجل فى ذمة المعطى له • • • • » • ونصت المادة ١٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلاميه على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « القرض دفع مال ارفاقا لمن ينتفع به ويرد مثله » •

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٨٤ من التقنين العراقى التى تنص على ان « القرض هو أن يدفع شخص لاخر عينا معلومه من الاعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها » •

وتتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٣٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ان « القرض تمليك مال او شىء مثلى لآخر على ان يرد مثله قدرا ونوعا وصفه الى المقرض عند نهاية مدة القرض » •

وتقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدى الى المقترض مبلغا من النقود أو إى شىء مثلى آخر على أن يرد اليه مثله نوعا وصفة وقدرا » •

(مادة ٥٣٥)

١ ـ من أقرض ملك غيره بدون اذنه ، كان قرضه موقوفا على أجازة المالك ، وتسرى عليه أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ •

هذه المادة مستحدثة •

والأحكام الواردة فيها تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ / ٣ من المشروع •

وفى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع • وقد رؤى ذكر الحكم الأساسى فى هذه الأحكام ، وهو أن يكون القرض موقوفا على اجازة المالك • ثم الاشارة بتطبيق احكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ • وهذا هو ماتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الأخرى التى تنطوى على تصرف فى ملك الغير بدون اذنه •

ولم يرد فى التقنين الحالى نص فى هذا الصدد • فقام خلاف فى الفقه حول حكم اقراض ملك الغير • حيث ذهب راى الى تطبيق القواعد العامة ، مادام لم يرد فى عقد القرض نص مماثل للنص الوارد فى عقد البيع (م ٤٦٦ مدنى) والنص الوارد فى عقد الهبة (م ٤٩١ مدنى) يقضى بان اقراض ملك الغير قابل للابطال ، ومن ثم يكون عقد القرض قابلا للفسخ بناء على طلب المقترض اذا لم يف المقرض بالتزامه • بينما ذهب راى اخر الى أن اقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلا للابطال • وهذا الخلاف ليس له مجال فى ظل احكام المشروع اذ ان حكم اقراض ملك الغير قد ورد النص عليه تطبيقا للقاعدة العامة فيما يتعلق بالتصرف فى ملك الغير بدون اذنه •

أنظر فى الفقه الاسلامى : العقد الموقوف لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، وهو تصرف الفضولى بالمعنى المقصود فى هذا الفقه :المغنى ج ٤ طبعة ثالثه ص ٢٠٥ و ٢٠٦ • بدايه المجتهد لابن رشد طبعةالخانجى ج٢ ص١٤٣ و ١٤٤ • عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٢٠٠ ـ ٢١٢ •

(مادة ٥٣٦)

١ ـ يجب على المقرض ان يسلم الشىء المقرض الى المقترض ، ولا يجوز له ان يطالبه برد المثل الا عند انتهاء القرض •

٢ ـ واذا هلك الشىء قبل تسليمه الى المقترض ، كان الهلاك على المقرض •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « الشىء المقترض » بعبارة « الشىء موضوع العقد » لدفع شبهة أن محل العقد هو الشىء ، اذ أن المحل هو انتقال ملكية مبلغ من النقود او اى شىء مثلى آخر كما سبق القول •

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٤٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يـأتى :

« ١ ـ يجب على المقرض أن يسلم الشىء موضوع القرض الى المقترض وقت تمام العقد ، مالم يتم الاتفاق على تسليمه فى وقت آخر •

٢ ـ فاذا هلك الشىء قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض » •

وتقابل المادة ٦٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يملك المستقرض العين المقترضه بالقبض ، ويثبت فى ذمته مثلها •

٢ ـ فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض ، فلا ضمان على المستقرض » •

وتقابل المادة ٦٣٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشىء المستقرض ، ويثبت فى ذمة المستقرض مثله •

٢ – فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٢٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤١٥ – ٤١٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٨٠ من مرشد الحيران على ما يأتى : « انما تخرج العين المقترضة من ملك المقرض وتدخل فى ملك المستقرض اذا قبضها . فيثبت فى ذمة المستقرض مثلها لاعينها ولو كانت قائمة . فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض » .

ونصت المادة ٢٣١/أ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « يملك المستقرض القرض بمجرد القبض » .

وعلى خلاف ذلك نصت المادة ١٢٠/١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يملك المقترض القرض ملكاتا مابالعقد ولو لم يقبضه من المقرض » .

وظاهر من النصوص أن القرض فى المشروع ، كما هو فى مذهب الامام مالك ، وفى التقنين الحالى ، وفى التقنين الكويتى ، عقد رضائى يتم بمجرد تلاقى الايجاب والقبول . أما فى التقنين العراقى والتقنين الاردنى فالقرض ، على غرار المذهب الحنفى ، عقد عينى لايتم الا بتسليم الشىء المقترض الى المقترض .

أما عن عدم جواز المطالبة برد المثل الا عند انتهاء القرض فسنده الشرعى ما نصت عليه المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك من أنه « اذا كان للقرض أجل مضروب أومعتاد وجب على المقترض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الأجل ولو لم ينتفع به، واذا لم يكن له اجل فلا يلزم رده الابعد ان ينتفع به الانتفاع المعتاد » .

(مادة ٥٣٧)

يقع باطلا كل شرط بزيادة فى العوض يؤديها المقترض الى المقرض .

هذه المادة مستحدثة .

والغرض منها بطلان كل شرط فى عقد القرض يفرض على المقترض أن يؤدى الى المقرض مايزيد على الشىء المقترض ، أيا كان نوع هذه الزيادة مادامت تنطوى على منفعة للمقرض ، لأنها من الربا المحرم بالاجماع . كان تشترط فوائد لمبلغ القرض . أو يكون الشىء المقرض حنطة ، فيشترط رد ما يزيد عليه فى مقداره أورد ما يفضله فى نوعه.

وفى هذا المعنى نصت المادة ٢٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على ما يأتى : « اذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ، ولزم المقترض رد مثل ما قبضه » (انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢) .

ونصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يفسد عقد القرض باشتمال عوضه على زيادة شرطت فى العقد أو جرى بها العرف فى بلد العقد ، ولا حق للمقترض فى المطالبة بهذه الزيادة مهما طال بقاء رأس المال فى ذمة المقترض » (انظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦) .

وجاء فى المادة ١٦٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ان من الشروط المنهى عنها فى القرض شرط تحصيل منفعة للمقرض ، وشرط المقترض ان يوفى المقرض انقص مما أقرض (انظر كشاف القناع ص ١٢٨ و ١٢٩) .

ولهذا فان المشروع ، جريا على خطته فى تحريم الربا ، اغفل نصوص التقنين الحالى التى تحدثت عن الفوائد فى عقد القرض (م ٥٤٢ و ٥٤٤ مدنى) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا اشترط فى عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٧ من التقنين الكويتى التى تنص على على ما يأتى .

« ١ – يكون اقراض الافراد بغير فائدة . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك بدون مساس بعقد القرض ذاته .

٢ – ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض » .

(مادة ٥٣٨)

اذا استحق الشيء المقترض ، فلا ضمان على المقرض ، الا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، وفى هذه الحالة يقدر القاضى للمقترض تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه «اذا استحق الشىء ، فان كان القرض بأجر سرت أحكام البيع ،والا فأحكام العاريـــة » .

وقد عدلت هذه المادة باغفال حالة القرض بأجر ، لان اشتراط الأجر باطل طبقا لحكم المادة السابقة ، اذ هو من قبيل الربا المحرم . كما رؤى ذكر حكم الاستحقاق فى القرض بدلا من الاحالة على أحكام العارية. وهذا الحكم يتسق مع ما سبق تقريره فى الهبة . (انظر المادة ٤٦٦ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا استحق الشىء المقترض سرت فى ذلك أحكام العارية » .

وتقابل المادة ٦٤١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا استحق المال المقرض وهو قائم فى يد المقترض سقط التزامه برد مثله ، وله تضمين المقرض ما قد يلحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق اذا كان سىء النية » .

وتقابل المادة ٦٨٨ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٠ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة والمادة التى تليها ما جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (ج ٢ : ص ١٥٣) من ان العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة فلا خلاف فى أنه لا تأثير للعيب فيها » والقاعدة ان الاستحقاق كالعيب فى الحكم .

(مادة ٥٣٩)

١ - اذا ظهر فى الشىء المقترض عيب خفى ، واختار المقترض استبقاءه ، فلا يلزمه ان يرد الا قيمته معيبا .

٢ - واذا كان المقترض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقترض ان يطلب التعويض عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا ظهر فى الشىء عيب خفى وكان القرض بغير اجر واختار المقرض استبقاء الشىء فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشى معيبا .

٢ - اما اذا كان القرض بأجر ، او كان بغير أجر ولكن المقرض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقترض ان يطلب أما اصلاح العيب واما استبدال شىء سليم بالشىء المعيب » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - حذفت من الفقرة الاولى عبارة « وكان القرض بغير أجر » ، لان القرض يجب ان يكون دائما بغير أجر . فاذا اشترط فيه أجر وقع الشرط باطلا ، لان الاجر يعتبر ربا محرما طبقا لحكم المادة ٥٢٧ كما عدلت هذه الفقرة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ - حذفت من الفقرة الثانية عبارة « القرض بأجر او كان بغير اجر » ، لان القرض يجب أن يكون دائما بغير أجر .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٤٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا ظهر فى الشىء عيب وأختار المقترض استبقاءه فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشىء معيبا .

٢ - فاذا كان المقرض قد تعمد اخفاء العيب فانه يكون مسئولا عما بسببه العيب من ضرر » .

وتقابل المادة ٦٤٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا ظهر فى المال المقترض عيب خفى فلا يلتزم المقترض الا برد قيمته معيبا » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤١ من التقنين المصرى الحالى .

انظر السند الشرعى للمادة السابقة .

(مادة ٥٤٠)

ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع فى شانه حكم المادة ٢٦٠ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الحالى التى على أن « ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » .

وفى المادة المقترحة أضيفت الى نص التقنين الحالى عبارة « واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع فى شانه حكم المادة ٢٦٠» وقد كان نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن هذه العبارة فى المادة ٧٢٩ منه وحذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٢١ - ٤٢٣) . ولكن رؤى ان من الأفضل اضافتها . فهى تحسم خلافا فى الفقه عند عدم تعيين أجل للقرض فيما اذا كان الرد يصبح واجبا عند أول طلب من المقرض أو عند الميسرة . وظاهر ان الدفع عند الميسرة اعدل فى هذه الحالة، اذ الاحالة على المادة ٢٦٠ من المشروع تخول القاضى تعيين ميعاد مناسب لحلول الاجل مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهذا هو الذى يتفق مع الحكمة من القرض واصل شرعته فى الفقه الاسلامى . فالقرض كما تقول المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، « دفع مال ارفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله». وعن ابن مسعود ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » (الشرح الكبير ص ٣٥٢ . كشاف القناع ص ١٣٥ و ١٣٦) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٨ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

٢ – فاذا لم يتفق على أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا للرد وفقا للظروف » .

وتقابل المادة ٦٤٣ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا كان للقرض أجل فليس للمقترض استرداده قبل حلول الاجل وان لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده الا اذا انقضت مدة يمكنه فيها ان ينتفع به الانتفاع المعهود فى أمثاله » .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :
« ١ – يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرا ووصفا فى الزمان والمكان المتفق عليهما .

٢ – فاذا لم يتفق على الزمان كان للمقرض أن يسترده فى أى وقت .

٣ – واذا لم يتفق على المكان كان الرد واجبا فى مكان العقد » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد وجب على المقترض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الاجل ولو لم ينتفع به ، واذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده الا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد فى أمثاله » .

ونصت المادة ١٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على انه « يثبت عوض القرض فى الذمة حالا وان شرط فيه أجل » . (انظر المذكرة الايضاحية لهذا النص . وفيها ان للمقرض طلب بدل القرض فى الحال) .

ويلاحظ أن المشروع قد أغفل تنظيم الدخل الدائم ، مخالفا فى ذلك التقنين الحالى ، وذلك نظرا الى أن الصورة الغالبة فى التطبيق العملى أن يكون العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة .

الفصل السادس

الصلح

١ – اركان الصلح .

(مادة ٥٤١)

الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

هذه المادة ، فيما عدا اختلاف لفظى بسيط ، تطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ان « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » .

وسواء فى النص المقترح أو فى نص التقنين الحالى ، فان التعريف يبرز محل العقد ، وهو ما يتفق مع الخطة التى جرى عليها المشروع . اذ أن هذا المحل ، وهو العملية القانونية المقصودة من عقد الصلح ، هو حسم نزاع قائم أو اتقاء نزاع محتمل ، وذلك بأن ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٥٥٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين العراقى التى تنص على أن « الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضى » .

وتقابل المادة ٦٤٧ من التقنين الاردنى ، وهى تطابق النص العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٤٠

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٣١ – ١٥٣٤ من المجلة ، و م ١٠١٤ من مرشد الحيران ، و م ٨١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، و م ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، و م ٢٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، و م ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى .

(مادة ٥٤٢)

يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٦٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٦٤٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح .

٢ – وتشترط أهلية التبرع اذا تضمن الصلح اسقاط شىء من الحقوق » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٤٥ و ٤٤٦

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٣٩ ـ ١٥٥٥ من المجلة ، و م ١٠٢٦ ـ ١٠٣٢ من مرشد الحيران ، و م ٢٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل ، و م٢٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(مادة ٥٤٣)

لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب أحدى الجرائم .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى ، حيث تنص على انه « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم » .

وقد حذفت من نص التقنين الحالى عبارة « بالحالة الشخصية » لأن الحالة الشخصية تدخل فى المسائل المتعلقة بالنظام العام .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢/٧٠٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٥٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز الصلح على الحقوق المالية المترتبة عليها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

وانظر فى الفقة الاسلامى : م ٨١٨ و ٨٢٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، وم ٢٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، و م ٢٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى .

(مادة ٥٤٤)

لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧١١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤١) ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما تدعو اليه الشريعة الاسلامية من وجوب الكتابة لرفع النزاع وملافاة الأضرار التى تنجم عن ضعف ذاكرة الشهود . وذلك فى قوله سبحانه وتعالى : « يأيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

(٢) آثار الصلح :

(مادة ٥٤٥)

١ ـ تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها .

٢ ـ ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الحالى :

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧١٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا تم الصلح، فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه . ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه » .

وتقابل المادتين ٦٥٥ و ٦٥٦ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٦٥٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يترتب على الصلح انتقال حق المصالح الى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذى كان محل النزاع .

٢ ـ ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة ٦٥٦ تنص على أن « يقتصر أثر الصلح على الحقوق التى تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٠ و ٤٥١ .

وأنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٥٦ ـ ١٥٥٩ من المجلة ، و م ١٠٣٣ ـ ١٠٣٧ من مرشد الحيران ، و م ٨٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ، و م ٢٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، و م ٢٥٥ و ٢٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(مادة ٥٤٦)

للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ماتناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٤ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥٥٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧١٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

١ ـ الصلح عن انكار أو سكوت ، هو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة .

٢ ـ فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه ، ولا تجرى فى العقار المصالح عنه » .

وتقابل المادة ٣/٦٥٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا وقع عن انكار أو سكوت فهو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطع للخصومة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٥٣و ٤٥٤ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٨٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

(مادة ٥٤٧)

يجب أن تفسر عبارات النزول التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات فان النزول لا ينصب الا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذى حسمه الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٥٥٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٥٦ .

وحكم المادة المقترحة ، وهو يوجب تحرى الدقة فى تحديد الحقوق التى حسم الصلح النزاع فى شأنها ، يقره الشرع الاسلامى .

٣ ـ بطلان الصلح

(مادة ٥٤٨)

١ ـ الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله .

٢ ـ على أن هذا الحكم لا يسرى اذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على ان أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٢٠ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٥

ويلاحظ أن المشروع اغفل نص المادة ٥٥٦ من التقنين الحالى الذى يقضى بأنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » . فهذا النص يورد استثناء من القواعد العامة ينتقده الفقه الحديث ، فليس هناك مبرر معقول للخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد . وبهذا الاغفال يصبح من الجائز الطعن فى الصلح بسبب الغلط ، سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون ، شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر .

الباب الثانى

العقود التى ترد على المنفعة

الفصل الأول

عقد الايجار

الفرع الأول

الايجار بوجه عام

(١) أركان الايجار

(مادة ٥٤٩)

الايجار عقد ينتفع المستاجر بمقتضاه بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم .

هذه المادة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ان « الايجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستاجر من الانتفاع بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى أنه يعرف الايجار بالتزام يقع على عاتق المؤجر . مع أن الالتزام أثر للعقد . ويجب أن ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه . والعملية القانونية المقصودة من الايجار هى انتفاع المستاجر بالعين المؤجرة ، أى حصوله على منفعة العين . حيث يرتب عقد الايجار التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهى الشىء المؤجر والأجرة والمدة .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٥٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « الايجار تمليك المؤجر للمستاجر منفعة مقصودة من الشىء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم » .

وتقابل المادة ٧٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على أن « الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور » .

وتقابل المادة ٥٦١ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٥٥٨ من التقنين المصرى الحالى .

والتعريف الوارد فى المادة المقترحة يتفق فى جوهره مع تعريف الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٠٥ من المجلة على أن « الأجارة بيع المنفعة المعلومة فى مقابل عوض معلوم » . ونصت المادة ٥٦٤ من مرشد الحيران على أن « عقد الاجارة هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة فى الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره » . ونصت المادة ٢٤٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « الاجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعا من العين بعوض » . ونصت المادة ٤٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « الاجارة عقد على تمليك منفعة فى نظير عوض بما يدل على التمليك » .

(مادة ٥٥٠)

لايجوز لمن ليس له الا الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنين الا باذن ممن يملكه . فاذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة الى ثلاث سنين . كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة . فاذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة الى ثلاث سنوات . كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

وقد أدخلت على نص التقنين الحالى تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٢٤ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تقييد سلطة من ليس له الا الادارة فى التأجير لمدة لاتزيد على ثلاث سنين مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق مالك العين المؤجرة . فاذا رأى من يتولى الادارة أن المصلحة تقتضى التأجير لمدة أطول كان عليه أن يحصل على اذن ممن يملكه .

ويلاحظ أنه فى الفقه الاسلامى يرى الشافعى ان المالك ليس له أن يؤجر الا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة . والحجة فى ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا تدعو اليه الحاجة لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن الى زمن . ويتخرج على هذا التقييد بالنسبة الى من لا يملك الا الادارة من باب الأولى (راجع المغنى لابن قدامه ج٥ ص٣٢٤) .

انظر فيما يتعلق باجارة الوقف المادة ٦٧٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٥٥١)

الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع يكون بعد انقضاء هذا الحق موقوفا على أجازة المالك . فاذا لم يجزه المالك بطل . وفى هذه الحالة يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٦٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الاجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق اذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة » .

وقد عدل نص التقنين الحالى ، بحيث اذا صدر الايجار ممن له حق الانتفاع ، ثم انقضى هذا الحق قبل أن تنتهى مدة الايجار ، فان الايجار فى المدة الباقية منه يكون موقوفا على اجازة المالك . اذ أن الايجار لا ينقضى بانقضاء حق الانتفاع ، والا لما صح أن ترد عليه الاجازة ، فهو يظل قائما ولكنه يكون موقوفا على اجازة المالك. فاذا أجازه المالك نفذ، واذا لم يجزه بطل ، وفى هذه الحالة لايجوز اخراج المستأجر فورا ، وانما يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول . حيث يلاحظ أن المنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف فى ملك غيره بدون اذنه ، ومن ثم يكون الايجار فى المدة الباقية منه موقوفا على اجازة المالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/٥٦٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع لاينفذ بعد انقضاء هذا الحق فى مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونقله » .

وتقابل المادة ٧٣٢ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٦٠ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القاعدة التى تقضى بان الشخص لا يستطيع أن ينقل الى غيره الا بمقدار ما يملك ، وقدجرى عليها الفقهاء. والمنتفع فيما يتفق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف فى ملك غيره بدون اذنه . انظر فى هذا المعنى للتعليق الموجود فى مرشد الحيران على المادة ٦٢٦ .

(مادة ٥٥٢)

من اجر ملك غيره بدون اذنه ، كانت اجازته موقوفة على اجازة المالك، وتسرى عليها أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحدثة .

ولم يتضمن التقنين الحالى نصا فى خصوص ايجار ملك الغير ، على خلاف مانص عليه فى خصوص بيع ملك الغير الذى اعتبره الشارع فى هذا التقنين قابلا للابطال لمصلحة المشترى وغير نافذ فى حق المالك (م ٤٦٦ مدنى) . وكذلك فالرأى فى ظل هذا التقنين هو تطبيق القواعد العامة على ايجار ملك الغير ، فيكون صحيحا فيما بين طرفيه ، ولكنه لاينفذ فى حق المالك .

وأحكام المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة التى أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف ، وذلك فى المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، كانت اجازته للمالك .

وفى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد روعى ذكر الحكم الأساسى فى هذه الأحكام ، وهو أن تكون الاجازة موقوفة على اجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ . هذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الأخرى التى تنطوى على تصرف فى ملك الغير بدون اذنه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على أن « تنعقد اجارة الفضولى موقوفة على اجازة المالك . فان كان هذا صغيرا أو محجورا ، وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش ، انعقدت اجارة الفضولى موقوفة على اجازة الولى » .

وتقابل المادة ٢/٦٦٠ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « ينعقد ايجار الفضولى موقوفا على أجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع مايقرره الفقه الاسلامى : فقد نصت المادة ٤٤٧ من المجلة على ما يأتى « تنعقد اجارة الفضولى موقوفة على اجازة المتصرف » .

(مادة ٥٥٣)

يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون أى اداء مالى آخر .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٦١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون أى تقدمة آخرى » .

وقد عدل هذا النص تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال عبارة « أى أداء مالى آخر » بعبارة « أى تقدمة أخرى » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٣٦ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يصح أن تكون الأجرة نقودا ، كما يصح ان تكون أى مال آخر » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦٦٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « يجوز أن يكون بدل الايجار عينا او دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمنا فى البيع » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون أى تقدمة مالية آخرى » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٦ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٦٣ من المجلة على أن « ما صلح أن يكون بدلا فى البيع يصلح أن يكون بدلا فى الاجارة . ويجوز أن يكون بدلا فى الاجارة الشىء الذى لم يصلح أن يكون ثمنا . مثلا يجوز أن يستأجر بستان فى مقابلة دابة أو سكنى دار » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « بدل الاجارة يكون معلوما بتعيين مقداره ان كان نقدا كثمن المبيع » ونصت المادة ٤٦٥ على أنه « يلزم بيان مقدار بدل الاجارة ووصفه ان كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة » .

(مادة ٥٥٤)

١ - يشترط أن تكون الأجرة معلومة علما نافيا للجهالة والغرر .

٢ - فاذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو اذا تعذر اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تقرر الأصل فى الحكم والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٣٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٥ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٦٣ والمادة ٢/٦٦٤ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٦٦٣ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط أن يكون بدل الايجار معلوما وذلك بتعين نوعه ومقداره ان كان من النقود وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره ان كان من غير النقود » .

والمادة ٢/٦٦٤ تنص على أنه « اذا كان بدل الايجار مجهولا جاز فسخ الاجارة ولزم اجر المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٧ و ٤٧٨ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٦٢ من المجلة على أن « فساد الاجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولا وبعضه عن فقدان شرائط الصحة الأخرى . ففى الصورة الأولى يلزم أجر المثل بالغا ما بلغ . وفى الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى » . انظر م ٦٩١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٥)

تبدأ مدة الايجار من الوقت المبين فى العقد . فاذا لم يعين فمن تاريخ العقد .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ٧٣٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٦٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٥٦٦ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٨٥ من المجلة على أن « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذى سمى أى عين وذكر عند العقد » . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه « ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد » . أنظر المادة ٦٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٦)

١ ـ يشترط أن تكون مدة الايجار معلومة .

٢ ـ فاذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة او تعذر اثبات المدة المدعاة ، اعتبر الايجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة . وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء فى المواعيد الآتى بيانها :

(أ) فى الأراضى الزراعية والأراضى البور اذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة اشهر او أكثر . يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة اشهر . فاذا كانت المدة أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير ، مع مراعاة حق المستأجر فى المحصول وفقا للعرف .

(ب) فى المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلك اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة اشهر أو أكثر ، وجب التنبيه قبل انتهائها بشهرين . فاذا كانت الفترة اقل من ذلك، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير .

(ج) فى المساكن والغرف المؤثثة وفى أى شىء غير ما تقدم اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة شهرين او اكثر ، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر . فاذا كانت اقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الاخير .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة ، وهى تقرر الأصل فى الحكم .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٤١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٦٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا عقد الايجار دون تحديد لمدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات مدته اعتبر الايجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الاجرة .

٢ ـ وينتهى الايجار بانقضاء هذه الفترة اذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالاخلاء قبل نصفها الأخير على الا يزيد ميعاد التنبيه على ثلاثة أشهر » .

وتقابل المادة ٦٧٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا لم تحدد مدة لعقد الايجار وقد جرى العرف باجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازما على وحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين فسخه فى نهايتها ، وكلما دخلت وحدة اخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازما عليها .

واذا حدد الطرفان مدة لدفع الأجرة فى تلك الحالة اعتبر الايجار منعقدا لتلك المدة وينتهى بانتهائها » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٨٢ و ٤٨٣

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٩٤ من المجلة على أنه « لو استؤجر عقار شهريته كذا درهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد،لكن عند ختام الشهر الأول لكل من الآجر والمستأجر فسخ الاجارة فى اليوم الأول وليلته من الشهر الثانى الذى يليه ، وأما بعد مضى اليوم الأول وليلته فليس لهما ذلك . وان قال احد العاقدين فى اثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ فى نهاية الشهر . وان قال فى اثناء الشهر فسخت الاجارة اعتبارا من ابتداء الشهر الآتى تنفسخ عند حلوله . وان كانت قد قبضت أجرة شهرين أو ازيد فليس لأحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض اجرته » .

(مادة ٥٥٧)

اذا كان الايجار مؤبدا ، أو اذا عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين . مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها فى المادة السابقة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة مستحدثة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن نصا مماثلا (م ٧٦٠ فقرة أولى) . ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفته دون ان تشير الى هذا الحذف فى تقريرها (مجموعة

الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨١ فى الهامش) . فادى هذا الى القياس على الحكر الذى لايجوز ان تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

ولذلك رئى النص على الحكم الوارد فى المادة المقترحة لسد النقص الموجود فى التقنين الحالى .

فلا يجوز ان يكون الايجار مؤبدا . واذا كانت مدة الايجار تزيد على ثلاثين سنة ، فانه يكون فى حكم العقد المؤبد ، ومن ثم لايجوز. أما اذا كانت مدته لاتزيد على ثلاثين سنة ، فانه يبقى للقاضى حق التقدير فى ضوء الظروف . فقد لاتزيد مدته على ثلاثين سنة ، ومع ذلك يستطيع القاضى فى ضوء الظروف وما جرى به العرف بالنسبة الى العين المؤجرة أن يعتبره فى حكم العقد المؤبد فلا يجوز .

واذا عقد الايجار لمدة تزيد على الحد الجائز للتوقيت ، سواء عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو عقد لمدة لاتزيد على هذا الحد ولكن اعتبره القاضى فى حكم العقد المؤبد ، فانه لايكون باطلا ، وانما تنقص المدة فيه الى الحد الجائز .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٤٠ فقرة اولى من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٧١ فقرة أولى من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن تقييد مدة الايجار بما لا يجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق كل من المؤجر والمستاجر .

وفى الفقه الاسلامى يرى الشافعى ان المالك ليس له ان يؤجر الا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة والحجة له فى ذلك ان مازاد على هذه المدة لاتدعو اليه الحاجة لاسيما وأن الأسعار تتغير من زمن الى زمن (راجع المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٢٤)

(٢) آثار الايجار

(مادة ٥٥٨)

يلتزم المؤجر أن يسلم المستاجر العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تفى بالمنفعة المقصودة منها ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المؤجر ان يسلم العين المؤجرة وملحقاتهافى حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق او لطبيعة العين » .

وقد استبدلت عبارة « بالمنفعة المقصودة منها » الواردة فى المادة المقترحة بعبارة « بما أعدت له من المنفعة » الواردة فى نص التقنين الحالى ، تحريا للدقة فى التعبير .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم المؤجر بتسليم الماجور وملحقاته فى حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٧ من التقنين الاردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ – على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه فى حالة يصلح معهالاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة .

٢ – ويتم التسليم بتمكين المستاجر من قبض الماجور دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقائه فى يده بقاء متصلا حتى تنقضى مدة الايجار » .

وتقابل المادة ٧٤٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله ، انيسلم الماجور للمستاجر بالحالة التى عليها وقت العقد ، فان كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغيرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستاجر مخير ان شاء الله قبله وان شاء فسخ الاجارة » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٦

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٥٢٣ و ٥٨٢ و ٥٨٤ و٥٨٥ من المجلة والمواد ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٦٢٤ ، من مجلة الأحكام الشرعية .

مادة ٥٥٩

يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من احكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٦٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٤٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧١ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٨٠ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩١

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٤٧٤ و ٤٧٥ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٢١ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من المجلة .

وقد جاء فى المادة ٦٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية أن « بذل العين المؤجرة اى عرضها على المستاجر لاستيفاء نفعها تسليم لها ؛ ولو امتنع المستاجر من استلامها بلا مانع » .

مادة ٥٦٠

١ – اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لاتكون فيها صالحة لان تفى بالمنفعة المقصودة منها أو اذا نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، جاز للمستاجر ان يطلب المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين أو يطلب فسخ العقد أو انقاص الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة ، مع التعويض فى جميع هذه الحالات ان كان له مقتض .

٢ ـ فاذا كانت العين المؤجرة فى حالة من شأنها ان تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه او عماله لخطر جسيم ، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد ، ولو كان قد سبق له ان نزل عن هذا الحق .

الفقرة الاولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لاتكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من أجله أو اذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة بقدر مانقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين اذا كان لذلك مقتض » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ ـ اجرى تعديل لفظى ، حيث استبدلت عبارة « لان تفى بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « للانتفاع الذى أجرت من أجله » ، واستبدلت كلمة « المنفعة » بكلمة « الانتفاع » . وذلك حتى يتسق التعبير مع ما جاء فى المادة المقترحة السابقة .

٢ ـ أضيف ما يفيد أن للمستأجر الحق فى مطالبة المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين لاستكمال ما يستطيع المستأجر ان يطالب به . اذ أن للمستأجر أساسا أن يطلب التنفيذ العينى اذا لم يعدل عنه الى طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

اما الفقرة الثانية من النص المقترح فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٠ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادتين ٧٤٤ و ٧٤٥ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٧٤٩ من التقنين العراقى .

وهى تقابل المادة ٦٧٩ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ص٤٨٨ و٤٨٩ .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه « لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الاجرة . مثلا لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل فى أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الاجرة ، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الاجرة اعتبارا من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه اعطاء ما اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة» .

(مادة ٥٦١)

١ ـ على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة لأن تفى بالمنفعة المقصودة منها ، فيقوم فى أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التاجيرية .

٢ ـ وعليه أن يجرى الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص او بياض ، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه .

٣ ـ ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة . ويلتزم بثمن المياه اذا قدر جزافا ، فاذا كان تقديره « بالعداد » كان على المستأجر . أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصى فيتحمله المستأجر .

٤ ـ كل هذا ما لم يقض الاتفاق او العرف بغيره .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها ، وان يقوم فى أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات « التأجيرية » » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة التعديلات اللفظية الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « لتبقى صالحة لان تفى بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « لتبقى على الحالة التى سلمت بها » ، لكى يتسق التعبير مع ماورد فى المادتين السابقتين .

٢ ـ استبدلت كلمة « فيقوم » بعبارة « وأن يقوم » ، نظرا الى أن قيام المؤجر بجميع الترميمات الضرورية يعتبر نتيجة تترتب على التزامه بالصيانة وليس التزاما آخر حتى نبدأه بواو العطف .

٣ ـ أضيفت كلمة « للانتفاع » بعد عبارة « الترميمات الضرورية » ، لكى يتضح التمييز بينها وبين الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الرابعة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الرابعة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وقد اضيفت عبارة « أو العرف » بعد كلمة « الاتفاق » لاستكمال الحكم . وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى (م ٧٦٥) تشتمل على هذه العبارة ، ولكنها حذفت بحجة أن المقرر فى النص هو ما جرى العرف به (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٥ ـ ٤٩٧) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/٧٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل فى المأجور أدى الى اخلال فى المنفعة المقصودة منه » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى فى حالة يصلح معها للانتفاع المقصود بان يقوم فى أثناء مدة الايجار بجميع الاصلاحات الضرورية طبقا لما يقضى به العرف ، مالم يتم الاتفاق على غيره » .

وتتفق فى حكمها مع ماجاء فى المادة ١/٦٨١ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « يلزم المؤجر أن يقوم باصلاح مايحدث من خلل فى المأجور يؤثر فى استيفاء المنفعة المقصودة ... » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٥) وما ادخل عليه من تعديل فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٤٩٤ ـ ٤٩٧ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٥٢٩ من المجلة على أن « أعمال الأشياء التى تخل بالمنفعة المقصودة عائدة الى الآجر . مثلا تطهير الرحى على صاحبها ؛ كذلك تعمير الدار وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التى تخل بالسكنى وسائر الامور التى تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار ، واذا امتنع صاحبها عن أعمال هؤلاء فللمستأجر أن يخرج منها الا أن يكون حين استئجارة اياها كانت على هذا الحال وكان قد رآها فانه حينئذ يكون قد رضى بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد ، وان عمل هذه الاشياء المستأجر منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر » .

ونصت المادة ٥٣٠ على أن « التعميرات التى انشاها المستأجر باذن الآجر أن كانت عائدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم الكرميت أى القرميد « وهو نوع آجر يوضع على السطوح لمحافظتها من المطر » فالمستأجر ياخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر وان لم يجر بينهما شرط على أخذه ، وان كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر اخذ مصروفها مالم يذكر شرط أخذه بينهما » .

انظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيوان .

مادة ٥٦٢

١ ـ اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ ، جاز للمستاجر أن يحصل على اذن من القضاء فى اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه وفى استيفاء ما ينفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه فى طلب الفسخ أو انقاص الاجرة .

٢ ـ ويجوز للمستاجر دون حاجة الى اذن من القضاء أن يقوم باجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر ، سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع او طرأ بعد ذلك ، اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ هذا الالتزام فى ميعاد مناسب ، على أن يستوفى المستاجر ما انفقه استنزالا من الأجرة .

٣ ـ واذا كانت نفقات الترميمات باهظة لاتتناسب مع الاجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العينى ، ولا يكون للمستاجر الا طلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا تأخر المؤجر بعد اعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة ، جاز للمستاجر ان يحصل على ترخيص من القضاء فى اجراء ذلك بنفسه وفى استيفاء ما انفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه فى طلب الفسخ او انقاص الاجرة » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ ـ استبدلت عبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ بعبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة » . وذلك لكى يشمل الحكم الاخلال بالالتزام بالتسليم المنصوص عليه فى المادة ٥٥٨ من المشروع ، وكذلك الاخلال بالالتزام بالصيانة المنصوص عليه فى المادة ٥٦١ من المشروع . وهذا فى الواقع ما تقضى به القواعد العامة فى ظل التقنين الحالى وفى ظل المشروع ، مع اضافة حق المستأجر فى أن يستوفى ما أنفقه استنزالا من الاجرة .

٢ ـ اجريت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة حيث استبدلت كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدلت عبارة « فى اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه » بعبارة « فى اجراء ذلك بنفسه » ، واستبدلت كلمة « ينفقه » بكلمة « أنفقه » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدال كلمة « استنزالا » بكلمة « خصما » .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهى تواجه حالة تكون الاجرة فيها زهيدة نظرا الى حالة العين المؤجرة ، أو تكون الاجرة محددة بمقتضى تشريع آمر ، حيث لا يكون من العدل ان يلزم المؤجر بما يلزم من ترميم لاصلاح العين اذا كانت نفقات هذا الترميم باهظة بحيث لا تتناسب مع الاجرة ، ومن ثم يقتصر حق المستاجر على طلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض . وذلك لان النص يفترض أن نفقات الترميم تتناسب مع الاجرة ، اذ يقتضى بان يكون للمستاجر ان يستوفيها استنزالا من الاجرة . واتساقا مع حالة العيب فى العين المؤجرة ، حيث يشترط فى الزام المؤجر باصلاح العيب الا يكون من شأن هذا الاصلاح أن يبهظ المؤجر . واتساقا مع هو مقرر فى التنفيذ العينى من أنه اذا كان فى هذا التنفيذ ارهاق للمدين ، جاز للقاضى أن يقصر حق الدائن على دفع تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما . وهذا المعيار الاقتصادى هو الذى ينادى به الفقه فى الوقت الحاضر .

والفقرتان الاولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٧٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « واذا امتنع المؤجر من الترميم ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او أن يقوم بالترميم باذن المحكمة ، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف » .

وتقابل المادة ٦٨١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

١ — يلزم المؤجر ان يقوم باصلاح ما يحدث من خلل فى المأجور يؤثر فى استيفاء المنفعة المقصودة ، فان لم يفعل جاز للمستاجر فسخ العقد أو الحصول على اذن من المحكمة يخوله الاصلاح والرجوع على المؤجر بما انفق بالقدر المتعارف عليه .

٢ — اذا كان الخلل الذى يلزم المؤجر اصلاحه عرفا من الامور البسيطة او المستعجلة التى لا تحتمل التاخير وطلب اليه المستاجر اصلاحه فتاخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستاجر اصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الايجار » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٥٢٩ و ٥٣٠ من المجلة التين تقدم ذكرهما تعليقا على المادة السابقة . وانظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيران .

وقد جاء فى قواعد بن رجب (١٣٧ — ١٣٩) أن من انفق على مال غيره لتعلق حقه به كان له الرجوع عليه بما انفق . والرجوع بعد استئذان القاضى محل اتفاق بين الفقهاء ، وكذلك حالة الاستعجال بعد الاعذار .

مادة ٥٦٣

١ — اذا هلكت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كليا ، انفسخ العقد من تلقاء ذاته .

٢ — أما اذا كان هلاك العين جزئيا ، أو اذا اصبحت العين فى حالة لا تصلح معها لان تفى بالمنفعة المقصودة منها ، أو نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، ولم يكن للمستاجر يد فى شىء من ذلك ، فيجوز له ، اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب باعادة العين الى الحالة التى كانت عليها ، أن يطلب بحسب الأحوال اما انقاص الأجرة أو فسخ الايجار ، دون اخلال بما له من حق فى أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا لأحكام المادة السابقة .

٣ — وفى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ، تسرى أحكام الفقرة الثالثة من المادة السابقة ، اذا كانت نفقات تجديد العين أو ترميمها باهظة لاتتناسب مع الأجرة .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة «من تلقاء ذاته» بعبارة «من تلقاء نفسه» .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة « لاتصلح معها لان تفى بالمنفعة المقصودة منها ، او نقصت هذه المنفعة » بعبارة « تصلح معها للانتفاع الذى أجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع » ، واستبدال عبارة « بحسب الاحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وقد حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز للمستاجر فى الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضا اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لايد للمؤجر فيه » . وذلك لانها مجرد تطبيق للقواعد العامة لايحتاج الى نص .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهى ، كما سبق القول فى حالتى تسليم العين المؤجرة والترميمات الضرورية للانتفاع بها ، تواجه حالة تكون نفقات تجديد العين او ترميمها باهظة لاتتناسب مع الاجرة بحيث تؤدى الى ارهاق المؤجر او تحميله مالا طاقة له به . حيث تسرى أحكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ ، فيعطى المؤجر من التنفيذ العينى ، ولايكون للمستاجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٧٥١ من التقنين العراقى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه «اذا هلك المأجور أثناء مدة الايجار لسبب أجنبى لا يد لأحد العاقدين فيه هلاكا كليا ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه» .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع الفقرة الثانية من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتى .

وتقابلان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ — أما اذا أصبح فى حالة لايصلح معها للانتفاع الذى أجر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، ولم يكن للمستاجر يد فى شىء من ذلك ، جاز له اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التى كان عليها ، ان يطلب اما انقاص الأجرة أو فسخ الاجارة .

٣ — ولا يجوز للمستاجر فى الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضا اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لايد للمؤجر فيه » .

وفى الفقه الاسلامى فى هذا الصدد نصت المادة ٤٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى :

« يفسخ عقد الاجارة بتعذر ما تستوفى منه المنفعة ان كان معينا فى العقد لاستيفائها منه . ويكون على المستاجر من الاجرة بنسبة ما استوفاه من المنفعة . واذا زال التعذر قبل انتهاء مدة الاجارة وقبل قيام المستاجر بفسخ العقد ، فلا حق له فى فسخه ويسقط عنه

من الاجرة ما يقابل المدة التى تعذر فيها الاستيفاء . واما اذا كان ما تستوفى منه المنفعة غير معين فى العقد فلا يفسخ عقد الاجارة بتعذر استيفائها منه » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة أن المراد بفسخ العقدبتعذر ما تستوفى منهالمنفعة أن الفسخ حق للمستاجر لأنه واجب لذاته والمراد بتعذر ما تستوفى منه المنفعة هو تعذر استيفائها منه كانهدام الدار وتلف الدابة أو السيارة أو السفينة ونحو ذلك من كل مانع يتعذر معه استيفاء المنفعه منه .

انظر فى هذا : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ص ٣٠٧ و ٣٠٨ . والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٧ .

وجاء فى المغنى لابن قدامه أنه اذا وقعت الاجارة على عين فتلفت انفسخ العقد بتلفها (ج ٥ص ٣٥٢ مسالة ٤١٥٣) .

(مادة ٥٦٤)

١ ـ للمؤجر الحق فى اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستاجر . على أنه اذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كلى أو جزئى بالانتفاع بالعين ، جاز للمستأجر أن يطلب بحسب الأحوال اما فسخ الايجار او انقاص الأجرة .

٢ ـ ومع ذلك اذا بقى المستاجر فى العين المؤجرة الى ان تتم الترميمات . سقط حقه فى طلب الفسخ .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٠ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى ، وذلك باستبدال عبارة « للمؤجر الحق فى اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستاجر » بعبارة « لا يجوز للمستاجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، وباستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٥٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٠٤ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٣١ من مرشد الحيران على أنه « اذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها فلا يمنع المستاجر المؤجر من اجرائها . فان ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة ، فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه » .

(مادة ٥٦٥)

١ ـ على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شانه أن يحول دون انتفاع المستاجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع .

٢ ـ ويعتبر التعرض الصادر من أحد أتباع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٧١ من التقنين الحالى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة٥٧١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التى تصدر منه او من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض أو اضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستاجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر » .

وقد رئى حذف هذا النص والاقتصار على ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة . فقد اختلف الفقهاء فى حالة ما اذا خول المؤجر الغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق المستاجر ويحتج به عليه. كان يبيعالمؤجر العين ، ولا يكون للايجار تاريخ ثابت قبلانتقال الملكية، فيكون للمشترى أن يخرج المستأجر من العين . أو يخول الغير حق ارتفاق من شأنه أن ينقص من انتفاع المستاجر بالعين . أو يرهن العين رهن حيازة فتنتقل حيازتها الى الدائن المرتهن ، فيحول ذلك دون انتفاع المستاجر بالعين . أو يؤجر العين لمستاجر آخر تكون له الأفضلية على المستاجر الأول . حيث ذهب فريق الى أن هذا يعتبر تعرضا قانونيا من المؤجر . وذهب فريق آخر الى اعتبار هذا التعرض تعرضا قانونيا صادرا من المؤجر ومن الغير فى وقت واحد . وذهب فريق ثالث الى أنه فى هذه الحالة يوجد نوعان من التعرض ، أحدهما تعرض مادى من المؤجر يقوم على تصرف قانونى ، والآخر تعرض قانونى من الغير ، وكلاهما يضمنه المؤجر .

والواقع أن التعرض فى مثل هذه الحالات انما هو تعرض قانونى من الغير ، وليس من المؤجر . صحيح أن التعرض القانونى الصادر من الغير قد يستند الى تصرف صادر من المؤجر كما هو الشأن فى الحالة التى نحن بصددها ، ولكن مجرد صدور مثل هذا التصرف من المؤجر لا يكفى للقول بأن المؤجر قد تعرض تعرضا ماديا أو قانونيا ، لأن التعرض يشترط فيه أن يقع بالفعل ، والذى يحصل عملا ألا تتحرك مسئولية المؤجر الا حينما يدعى الغير بالفعل أن له حقا يتعارض مع حق المستأجر فنكون بصدد تعرض قانونى من الغير .

وفى ضوء هذا رئى الاقتصار على ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردنى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقى ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٦٨٤ من التقنين الاردنى ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالى .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٣٢ من مرشد الحيران على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر فى استيفائه المنفعة مدة الاجارة ، ولا أن يحدث فى العين المؤجرة تغييرا يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المقصودة عليها » .

كما نصت المادة ٦٣٣ على انه «اذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر، ثم تعرض له ونزع منها بيتا من بيوتها رفع عن المستأجر من الأجر بقدر حصته .

وكذلك الحكم اذا شغل المؤجر بمتاعه بيتا من الدار المستأجرة فان حصته تسقط من الاجرة المسماة » .

أنظر أيضا المادة ٦٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فيستند الى قواعد الشرع فى باب الضمان باعتبار ان اتباع المؤجر يكونون فى وضع يجعل افعالهم منسوبة الى المؤجر .

(مادة ٥٦٦)

يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير اذا كان مبنيا على سبب قانونى .

هذه المادة مستحدثة .

وقد رئى ايرادها عقب المادة السابقة التى تتناول ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى . اذ أن التقنين الحالى نص بطريقة مباشرة على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى (م٥٧١ مدنى) ، وعدم ضمانه للتعرض المادى الصادر من الغير (م ٥٧٥ مدنى) ، بينما تناول بطريقة غير مباشرة التعرض الصادر من الغير المبنى على سبب قانونى (م ٥٧٢ مدنى) .

وقد راعى المشروع فى ترتيب المواد ان يبدأ بالنص على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى ، ثم ضمانه للتعرض الصادر من الغير المبنى على سبب قانونى ، ثم عدم ضمانه للتعرض المادى الصادر من الغير . وبعد ذلك يتناول بعض صور التعرض .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٧٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لايضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير الا اذا كان مبنيا على سبب قانونى » .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان عقد الايجار يقتضى نقل ملكية المنفعة الى المستأجر . فاذا ادعى الغير حقا ينافى مقتضى عقد الايجار ضمن المؤجر هذا التعرض . وهذا يتفق مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

(مادة ٥٦٧)

١ – اذا ادعى الغير حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الايجار ، وجب على المستأجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بذلك ، وله أن يخرج من الدعوى ، وفى هذه الحالة لا توجه الاجراءات الا الى المؤجر .

٢ – فاذا ترتب على هذا الادعاء ان حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الذى له بموجب عقد الايجار ، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « الغير » فى صدر الفقرة الاولى بكلمة « أجنبى » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » فى الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتطابق المادة ٧٥٤ من التقنين العراقى فيما عدا الكلمة التى تم استبدالها .

وتطابق المادة ٥٧٧ من التقنين الكويتى ، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على خروج المستأجر من الدعوى وتوجيه الاجراءات الى المؤجر .

والفقرة الثانية فيها تتفق فى حكمها مع المادة ٦٨٥ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٧٧١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص٥٠٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان وجوب الاخطار على المستأجر وما يؤدى اليه من تدخل المؤجر فى الدعوى من شأنه أن يكفل المحافظة على مصالح الطرفين ، فهو حكم تقتضيه القواعد الشرعية .

(مادة ٥٦٨)

١ – لايضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى الصادر من الغير مادام المتعرض لا يدعى حقا ، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق فى أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى الحيازة .

٢ ـ على أنه اذا وقع التعرض المادى بسبب لايد للمستاجر فيه ، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « دعاوى الحيازة » فى الفقرة الأولى بعبارة « دعاوى وضع اليد »، واستبدال عبارة « بحسب الاحوال » فى الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا غصب المأجور ولم يتمكن المستاجر من رفع يد الغاصب، جاز له ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

٢ ـ فاذا قصر فى رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكنا له ، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب ، فلا تسقط عنه الأجرة . وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٦ ـ ٥١٨

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٦٣٤ من مرشد الحيران على أنه « اذا عرض فى مدة الاجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأى وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الأجرة عن المستاجر ، ولو عرض ذلك فى بعض المدة سقطت الأجرة بقدره » . ونصت المادة ٦٣٥ على أنه « اذا قصر المستاجر فى رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكنا ، فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بانفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة » .

ونصت المادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يسقط الاجر فى الاجارة بالغصب ان فاتت المنفعة » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان الاجارة على قول تنفسخ بالغصب ، فاذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فلا يستوفى المستاجر ما بقى من المدة ولا أجر عليه . وعلى قول آخر انها لا تنفسخ بالغصب ، فاذا زال الغصب قبل انقضاء المدة استوفى المستاجر ما بقى من المدة وعليه الأجر بحسابه .

أنظر أيضا المادة ٥٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٦٩)

١ ـ اذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى أثبات تاريخ عقده . فاذا لم يكن عقد أى منهم ثابت التاريخ ، فضل من سبق الى وضع يده وهو حسن النية .

٢ ـ واذا لم يوجد سبب لتفضيل احد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش ، فاذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النيه قبل أن يضع مستاجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد ايجاره ، فانه هو الذى يفضل .

٢ ـ فاذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة . فهذه القواعد تقضى بأن الدائنين متساوون بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، اذ المستاجر دائن عادى ، ولا يقدح فى هذه المساواه أن يكون عقد احدهم ثابت التاريخ . ومن ثم فطبقا لهذه القواعد تكون الأفضلية للدائن الذى يسبق الى استيفاء دينه ، أى تفضيل المستاجر الذى يسبق الى وضع يده على العين المؤجرة قبل غيره .

ولكن رؤى النص على ما يخالف هذه القواعد بتفضيل المستاجر الذى يسبق الى أثبات تاريخ عقده ، لان المستاجر الذى يسبق غيره فى ابرام الايجار يكون قد تملك المنفعه ، وبذلك يكون الايجار الصادر بعد ذلك من المؤجر تصرفا فى ملك الغير .

وفى نصوص الفقه الاسلامى ما يدعو الى الاخذ بهذا الحل . فقد نصت المادة ٥٨٩ من المجلة فى هذا الصدد على انه « لو آجر احد ماله على مدة معلومة لآخر باجارة لازمة ثم آجره أيضا تلك المدة تكرارا لغيره لا تنعقد ولا تنفذ الاجارة الثانية ولا تعتبر » .

أنظر ايضا المادة ٥٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٠)

اذا ترتب على عمل من جهة حكومية ، ولو فى حدود القانون ، نقص كبير فى الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستاجر بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه . وله أن يطالب المؤجر بالتعويض اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسئولا عنه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« اذا ترتب على عمل من جهة حكومية فى حدود القانون نقص كبير فى الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستاجر تبعا للظروف ان يطالب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، وله أن يطالب المؤجر بتعويضه اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولا عنه ؛ كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « ولو فى حدود القانون » بعبارة « فى حدود القانون » ، لكى يتضح ان الحكم واحد سواء كان عمل الجهة الحكومية موافقا للقانون او مخالفا له .

٢ – اضيف ما يفيد ان المستاجر لا يحق له ان يطلب فسخ العقد او انقاص الأجرة اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه .

٣ – استبدلت عبارة « بحسب الاحوال » بعبارة « تبعا للظروف » ، واستبدلت كلمة « بالتعويض » بكلمة « بتعويضه » .

٤ – حذفت العبارة الأخيرة التى تقول : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وذلك لأن المشروع لا يجيز الاتفاق على ما يخالف احكام ضمان التعرض .

وحكم المادة المقترحة فيما يتعلق بحق المستاجر فى طلب الفسخ أو انقاص الأجرة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى اذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كما هو الحال اذا غصبت العين ، حيث تسقط الأجرة عن المستاجر خلال المدة التى يقوم فيها هذا العارض ، كما يجوز له أن يطالب الفسخ : انظر فى هذا : المادتين ٦٣٤ و ٦٣٥ من مرشد الحيران والمادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، وما جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة الأخيرة ، وقد تقدم ذكر كل ذلك .

اما انتفاء حق المستاجر فى طلب الفسخ او انقاص الأجرة اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه ، وثبوت حقه فى طلب التعويض من المؤجر اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يسأل عنه المؤجر ، فيتفق مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

وانظر ايضا المادة ٥٥١ من مجلة الاحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلى بالمأجور دون سبب من المستأجر تنفسخ الاجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع .

٢ – واذا كان المنع يخل بنفع بعض المأجور بصورة يؤثر فى استيفاء المنفعة المقصودة للمستأجر فسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت قيامه باعلام المؤجر » .

(مادة ٥٧١)

١ – لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على زيادة ضمان التعرض او انقاصه أو اسقاطه .

٢ – ولا يمنع علم المستاجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو الحد من ضمان التعرض او العيب اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وقد رئى الأخذ فى المادة المقترحة بما يخالف ما هو مستقر فى الفقه من جواز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو اسقاطه على نحو يكون الحكم فيه مطلقا . فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان او اسقاطه ، سواء تعمد المؤجر اخفاء سبب التعرض او لم يتعمد ذلك . ويكون المؤجر مسئولا عن اى تعرض سواء نشأ هذا التعرض من فعله أو نشأ من فعل الغير وكان مبنيا على سبب قانونى ، وسواء كان المستاجر يعلم وقت الايجار سبب التعرض أو لايعلمه .

وذلك على نسق ما أخذ به المشروع فى البيع فى المادة ٤١٣ . واتساقا مع ما قرره المشروع فى المادة ٢٢٩ منه التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

٢ – وكذلك لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى » .

وقد رأينا أن ماجاء فى المادة ٢٢٩ من المشروع روعى فيه مبدأ أساسى فى الشريعة الاسلامية ، هو ما جاء فى الآية الكريمة : « يايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه مقدما على زيادة مسئولية المدين والاعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعى هو الذى روعى ايضا فى حكم المادة المقترحة، كما سبق أن روعى فى البيع (انظر تفصيلا لذلك فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤١٣ من المشروع) .

وما تقضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المستاجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر . اذ ان المستاجر قد يعتقد ان المؤجر سيدفع تعرض الغير الذى يدعى حقا يتعارض مع حق المستاجر . فاذا لم يتحقق ما يعتقده المستاجر ، رجع بضمان التعويض على المؤجر .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى خصوص البيع (م ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران) . وقياسا على ذلك جاء حكم المادة المقترحة ، اذ أن الايجار فى حقيقته ينطوى على بيع للمنفعة ، وهو ما يقول به الفقه الاسلامى .

هذا ، وفى نصوص الفقه الاسلامى ما ينفى جواز الاتفاق على تعديل احكام الضمان . فقد جاء فى المغنى لابن قدامة (ج ٥ ص ٣٩٦ مسألة ٤٢٣٠) ما يأتى : « فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد ؛ لانه ينافى مقتضى العقد ، ولان مالا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه » .

كما نصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « المستاجر أمين فيما وضع يده علية بعقد

الاجارة . فلا يضمنه اذا ضاع او تلف الا اذا كان الضياع او التلف بسبب التفريط او التعدى . فان شرط الضمان عليه ابتداء فسد عقد الاجارة » .

انظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الاحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٢)

١ ـ يضمن المؤجر للمستاجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التى جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

٢ ـ ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستاجر يعلم به وقت التعاقد . او كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص العين بعناية الرجل العادى ، الا اذا اثبت المستاجر ان المؤجر قد اكد له خلو العين من هذا العيب .

الفقرة الاولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « يضمن المؤجر للمستاجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التى جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة تعديلان لفظيان . وذلك باضافة كلمة « كذلك » بعد عبارة « وهو مسئول » ، وحذف حرف « عن » قبل عبارة « خلوها من صفات » . كما حذفت منها عبارة « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » ، لأن هذا الحكم سيرد فى مادة تالية .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستاجر قد اخطر به او كان يعلم به وقت التعاقد » . وقد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٦) يتضمن فى نهايته العبارة الآتية « وكذلك لايضمن المؤجر العيب اذا كان يسهل على المستاجر ان يتحقق من وجوده الا اذا اعلن المؤجر خلو العين من هذا العيب » . ولكن حذفت هذه العبارة فى جلسة مجلس الشيوخ بحجة انها تتناول مسالة تفصيلية رؤى أن فى القواعد العامة ما يغنى عن تنظيمها بحكم خاص (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٩ و ٥٢١ و ٥٢٢) . والواقع ان هذه العبارة كانت تنص على شرط الخفاء الواجب توافره فى العيب الذى يضمنه المؤجر . ولذلك رؤى ان يضاف فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة ما يتضمن هذا الشرط ، على غرار مانص عليه فى عقد البيع (انظر م ٤١٤ من المشروع ، وهى تطابق م ٤٤٧ من التقنين الحالى) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادتين ٧٥٦ و ٧٥٧ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٨٦ من التقنين الاردنى . فيما عدا ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الكويتى ، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

أنظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٥ و ٧٧٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٢٠ و ٥٢١ .

وفى الفقه الاسلامى فى خصوص العيب نصت المادة ٥١٣ من المجلة على انه « فى الاجارة أيضا خيار العيب كما فى البيع » . ونصت المادة ٥١٤ على ان « العيب الموجب للخيار فى الاجارة هو ما يكون سببا لفوات المنافع المقصودة بالكلية واخلالها ... » . ونصت المادة ٥١٥ على انه « لو حدث فى المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فانه كالموجود فى وقت العقد » .

وانظر كذلك : م ٦٢٩ و ٦٣٠ من مرشد الحيران ، و م٦٨٢ ـ ٦٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٣)

١ ـ اذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستاجر أن يطلب اصلاح العيب او أن يقوم هو باصلاحه على نفقة المؤجر ، وفقا لأحكام المادة ٥٦٢ . وذلك دون اخلال بحق المستأجر فى طلب فسخ العقد أو انقاص الاجرة ، مع التعويض ان كان له مقتض .

٢ ـ واذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ، ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .

٣ ـ واذا كانت نفقات اصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة ، سرت احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستاجر تبعا للظروف ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة . وله كذلك ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقة الاجرة ، سرت احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدل ترتيب ما يحق للمستاجر ان يطالب به عند وجود عيب . فبدأ نص الفقرة الأولى بحق المستأجر فى أن يطلب اصلاح العيب

أو أن يقوم هو باصلاحه على نفقة المؤجر ، لأن التنفيذ العينى هو الأصل .

٢ - نص على ان يكون التنفيذ العينى وفقا لأحكام المادة ٥٦٢ ، حيث تنطبق هذه الأحكام ، كما هو الشأن فى حالة الاخلال بالالتزام بالتسليم وفى حالة الترميمات الضرورية للانتفاع .

٣ - نص على امكان التعويض عند طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

٤ - أضيفت فقرة ثالثة ، بغية افرادها لبيان الحكم اذا كانت نفقات اصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة . وبذلك يتوحد الحكم فى حالات ثلاث ، هى حالة الاخلال بالالتزام بالتسليم ، وحالة الترميمات الضرورية للانتفاع ، وحالة العيب . ففى هذه الحالات جميعها اذا كانت نفقات الاصلاح أو الترميم باهظة لا تتناسب مع الأجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العينى ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٥٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

٢ - فاذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت انه كان يجهل وجود العيب » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له ان يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع ضمان مايلحقه من ضرر » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٢٣ .

وفى الفقه الاسلامى ، فيما يتعلق بضمان العيب ، نصت المادة ٥١٤ من المجلة على انه « لو حدث فى المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وان شاء فسخ الاجارة » . ونصت المادة ٥١٧ على أنه « ان أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الأجارة لايبقى للمستأجر حق الفسخ وان أراد المستأجر التصرف فى بقية المدة فليس للآجر منعه أيضا » .

انظر كذلك المادة ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتين ٢٣٦ و ٣٣٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، والمادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام الشرعية .

وتتفق حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

وما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة من اعفاء المؤجر من التنفيذ العينى اذا كانت نفقات الاصلاح باهظة لا تتناسب مع الأجرة انما هو حكم عادل يقره الشرع الاسلامى . وينهض به قوله سبحانه وتعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » .

(مادة ٥٧٤)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان المؤجر قد تعمد اخفاء العيب فى العين المؤجرة غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب ، اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع حكم التقنين الحالى والتقنينات العربية المشار اليها ، وهو مايؤخذ بمفهوم المخالفة من النصوص المذكورة ، وذلك وفقا لما هو مقرر فى البيع (انظر م ٤٢٠ من المشروع).

وهذا الحكم يقاس على ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى بالنسبة الى خيار العيب فى البيع (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٤٢٠ من المشروع) .

(مادة ٥٧٥)

١ - يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة فى المواعيد المتفق عليها . فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها فى المواعيد التى يعينها عرف الجهة .

٢ - ويكون الوفاء بالأجرة فى موطن المستأجر ، مالم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الحالى ، مع تعديلات لفظية بسيطة .

ويقع على عاتق المستأجر التزامات أربعة هى بحسب الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى ، التزامه بأن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له ، وبأن يبذل من العناية فى استعمالها وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادى ، وبأن يفى بالأجرة ، وبأن يرد العين الى المؤجر عند انتهاء الايجار .

وقد رئى مخالفة الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى والبدء بالالتزام بالوفاء بالأجرة ، لأنه الالتزام الرئيسى الذى يغلب أن يواجهه المستأجر منذ البداية ، ولأن الالتزامات الآخرى يحسن أن ينص عليها متصلة لافاصل بينها ، اذ أن كل التزام منها يؤدى الى الالتزام الذى يليه .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٦٩ من المجلة على أن « تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٠ على أن « تلزم الاجرة فى الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٦ على انه « ان كانت الأجرة مؤقتة بوقت معين كالشهرية او السنوية يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت » . ونصت المادة ٤٧٣ على ان « يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان فى تعجيل الأجرة وتأجيلها » . أنظر أيضا المادة ٦٦٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٧٦٥ - ٧٧٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ٦٦٥ -٦٦٨ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيريه ج٤ص ٥٤١ .

(مادة ٥٧٦)

الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٧ من التقنين الحالى .

والسند الشرعى لها هو القاعدة الشرعية التى تقضى بان العادة محكمة . حيث جرت العادة على أن المستأجر لايفى بقسط من الأجرة الا اذا كان قد أوفى بالأقساط السابقة على هذا القسط . وعلى أساس هذه العادة أقام الشارع القرينة المنصوص عليها .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٩ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٧ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٥٤٣ .

(مادة ٥٧٧)

١ - يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، ان يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستاجر . وللمؤجر الحق فى ان يمانع فى نقلها ، فاذا نقلت رغم معارضته اودون علمه كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢ - وليس للمؤجر أن يستعمل حقه فى الحبس او فى الاسترداد اذا كان نقل هذه الأشياء أمرا اقتضته حرفة المستاجر أو المألوف من شئون الحياة ، أو كانت المنقولات التى تركت فى العين المؤجرة أو التى تم استردادها تفى بضمان الأجرة وفاء تاما .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٨٨ من التقنين الكويتى .

ولامقابل لها فى التقنين العراقى . ولكن المنقولات الموجودة فعلا فى العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (م١٣٧٤ مدنى عراقى) .

ولا مقابل لها فى التقنين الأردنى . ولكن المنقولات الموجودة فعلا فى العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (١٤٣٧ مدنى أردنى) .

وفى الفقه الاسلامى للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدى المشترى جميع الثمن (م ٢٧٨ من المجله وم٤٥٤ من مرشد الحيران) . وقياسا على ذلك للموجر أن يحبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ضمانا للحقوق التى تثبت له بمقتضى عقد الايجار ، وهو ما تقضى به المادة المقترحة على التفصيل المذكور فيها .

هذا ، وقد رئى حذف المادة ٥٨٨ من التقنين الحالى التى توجب على المستاجر ان يضع منقولات فى العين المؤجرة تضمن الاجرة عن سنتين او عن كل مدة الايجار اذا قلت عن سنتين ، نظرا الى ان هذا الحكم لا يتفق مع الواقع العملى فى مجتمعنا . فقد لا يكون لدى المستاجر من المنقولات ما يكفى لتوفير هذا الضمان ، مما لا يسوغ معه طلب الحكم بالزامه بوضعها . الامر الذى ادى الى اختلاف الفقه فى جواز هذه المطالبه . وقد لا يقتضى عمل المستاجر أن يضع منقولات كافية للوفاء بالأجرة الواجب تأمينها ، لو كانت العين المؤجرة مكتبا لسمسار او للمقاولات او للاستيراد والتصدير .

(مادة ٥٧٨)

يلتزم المستاجر بان يستعمل العين المؤجره على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم بان يستعمل العين بحسب ما اعدت له ووفقا لماجرى به العرف .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المستاجر بان يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم ان يستعمل العين بحسب ماأعدت له » .

وقد أضيفت الى هذا النص عبارة « ووفقا لما جرى به العرف » لتوضيح الحكم .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٦٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٩ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٤٢٦ من المجلة على أن « من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له أن يستوفى عينها أو مثلها او مادونها ، ولكن ليس له أن يستوفى ما فوقها . مثلا لو استأجر الحداد حانوتا على أن يعمل فيه له ان يعمل فيه صنعة مساوية فى المضرة لصنعة الحداد، ولكن ليس لمن استأجر حانوتا للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد (وفى هذا المعنى أيضا المادة ٦٤٠ من مرشد الحيران) . ونصت المادة ٥٢٧ على أنه « يصح استئجار الدار والحانوت مع عدم بيان كونه لأى

شيء ، واما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعـادة» • وجاء فى المـادة ٥٢٨ :«واما فى خصوص ربط الدواب فعرف البلدةوعادتها معتبر (استئجار الدار) ، وحكم الحانوت على هدا الوجه»•

انظر أيضـا المـادة ٥٨٦ ، ٦٢٣ ، ٧٢١ ، ٧٢١ من مجله الاحكام الشرعيه •

فالمـادة ٥٨٦ تنص على أنه « ليس للمستاجر ان يخالف فى استيفاء المنفعة على الوجه المذكور فى العقد ٠٠٠٠ مثلا لو استأجر الأرض للغرس أو للبناء ليس له فعل الآخر » •

والمـادة ٦٢٣ تنص على أنه « تصح اجارة الدار والحانوت مع اطلاق العقد ، ولا يلتزم ذكر السكنى ولا صفة الانتفاع ويحمل على المعارف وليس للمستاجر أن يعمل فيهما ما يضر بهما الا بشرط » •

والمـادة ٧٢١ تنص على أنه « اذا خالف المستاجر فى استيفاء المنفعة كان تعديا فيضمن المـاجور لو تلف » •

والمـادة ٧٢٢ تنص على أنه « اذا استوفى المسـتاجر أكثر من النفع المعقود عليه كان متعديا فيضمن المـاجور لو تلف بذلك » .

(مادة ٥٧٩)

١ ـ لايجوز للمستاجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغيرا بدون اذن المؤجر ، الا اذا كان هذا التغيير لاينشا عنه اى ضرر للمؤجر •

٢ ـ فاذا احدث المستاجر تغيرا فى العين المؤجرة مجاوزا فى ذلك حدود الالتزام الوارد فى الفقرة السـابقة ، جاز الزامه باعادة العين الى الحالة التى كانت عليها ، وبالتعويض ان كان لهه مقتص •

هذه المـادة تطابق المـادة ٥٨٠ من التقنين الحالى •

وتتفق فى حكمها مع المـادة ٦٩٤ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المـادة ٥٩٠ من التقنين الكويتى •

ويتفق حكم المادة المقترحه مع ما يقرره الفقه الاسلامى . انظر المادة ٤٢٦ من المجـلة المذكـورة تحت المـادة السـابقة وجـاء فى المـادة ٥٢٨ أن « من اسـتاجر دارا له أن يعمـل فيهـا كل عمـل لا يورث الوهن والضرر للبناء الا باذن صاحبها » • ونصت المـادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « ليس للمستاجر أن يعمل ما يوهن البناء أو يضره ، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضى العقد » •

(مادة ٥٨٠)

١ ـ يجوز للمستاجر أن يضع بالعين المؤجرة اجهزة لتوصيل المياه والنورالكهربائى والغاز والتليفون والراديو والتليفزيون وأجهزةالتكييف وما الى ذلك مادامت الطريقة التى توضع بها هذه الأجهزة لاتخالف الأصول المرعية ، وذلك مالم يثبت المؤجر أن وضـع هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار •

٢ ـ فاذا كان تدخل المؤجر لازما لاتمام شيء من ذلك ، جـاز للمستاجر أن يقتضى منه هذا التدخل • على أن يتكفل بما ينفقه المؤجر •

هذه المادة تطابق المادة ٥٨١ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « والتليفزيون وأجهزة التكييف » •

وتتفق فى حكمها مع المـادة ٥٩١ من التقنين الكويتى •

ويتفق حكم المـادة المقترحه مع مايقرره الفقه الاسلامى • أنظر فى ذلك المادة ٥٢٨ من المجلة ، والمادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ، وقد تقدم ذكرهما •

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة للمواد ٥٧٨ ـ ٥٨٠ من المشروع فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٩ ـ ٧٨١) فى مجموعه الاعمال التحضيرية ج٤ ص٥٣١ •

(مادة ٥٨١)

١ ـ يجب على المستاجر أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها مايبذله الشخص العادى •

٢ ـ وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك ، مالم يكن هذا التلف او الهلاك ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا أو راجعا الى سبب لايد له فيه •

هذه المادة تقابل المادة ٥٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على مایاتى :

« ١ ـ يجب على المستاجر أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظه عليها مايبذله الشخص المعتاد •

٢ ـ وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشيء عن استعمالها استعمالا مالوفا » •

وقد استبدلت فى الفقرة الأولى من هذه المـادة عبـارة « الشخص العادى » بعبارة « الشخص المعتاد » •

وعدلت الفقرة الثانية باضافة مايفيد رفع المسئولية عن المستاجر اذا كان تلف العين أو هلاكها راجعا الى سـبب لا يد له فيه ، حتى يحتمل الحكم • وقد كانت هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٢/٧٨٣) تتضمن عبارة بهذا المعنى ، ولكنها حذفت اكتفاء بورود حكمها فى المادة الخاصة برد العين المؤجرة •

واتساقا مع هذه الاضافة فقد راعى المشروع فى المـادة ٥٨٦ منه ، وهى المقابلة للمادة ٥٩١ من التقنين الحالى ، أن ينص على الحكم ذاته عند رد العين المؤجرة الى المؤجر فى نهاية الايجار . فسـواء فى أثناء انتفاع المستاجر بالعين او عند ردها الى المؤجر فى نهاية الايجار ، فان المسئولية عن تلف العين أو هلاكها ترتفع عن المستاجر اذا كان ماأصاب العين ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا او كان راجعا الى سبب لايد له فيه (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٦ من المشروع) •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٦٤ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٩٢ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٢ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحه مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٣٧ من مرشد الحيران على انه « يجب على المستاجر ان يعتنى بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه ، ولايجوز له أن يحدث بها تغييرا بدون اذن مالكها » .

ونصت المادة ٦٠١ من المجلة على أنه « لا يلزم الضمان اذاتلف المأجور فى يد المستاجر ، مالم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمادونيته » . ونصت المادة ٦٠٢ على انه « يلزم الضمان على المستاجر لو تلف المأجور او طرا على قيمته نقصا بتعدية » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لو تلف المأجور بتقصير المستاجر فى أمر المحافظة أو طرا على قيمته نقصان يلزم الضمان » .

ونصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ان « المستاجر والأجير كل منهما أمين فيما وضع يده عليه بعقد الاجازة ، فلا يضمنه اذا ضاع أو تلف الا اذا كان الضياع أو التلف بسبب التفريط أو التعدى ، فان شرط الضمان على احدهما ابتداء فسد عقد الاجارة الا اذا اسقط الشرط قبل انتهاء العمل » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما ياتى : « وانما كان شرط الضمان على احدهما ابتداء مفسدا لعقد الاجارة لانه مناقض لمقتضى العقد ، وهو ان كلا من المستاجر والأجير أمين لايضمن الا بالتفريط أو التعدى » .

أنظر فى هذا : شرح مجموع الأمير ج ٢ ص ٢٣١ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٢ و ٢٣ .

وانظر أيضا المادة ٥٤٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٢)

يجب على المستاجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو باحداث ضرر بها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٩٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الزام المستاجر باخطار المؤجر فى الحالات المذكورة مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق كل منهما ، اذ ان هذا الاخطار يتيح للمؤجر ان يتدخل فى الوقت المناسب لدفع ما يهدد سلامة العين أو يؤدى الى ضياع الحق فيها .

(مادة ٥٨٣)

يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيرية التى يقضى بها العرف أو يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيريه التى يقضى بها العرف ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » .

وقد اضيفت الى هذا النص حالة ما اذا كانت الترميمات التاجيريه وهى الترميمات البسيطة ، يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا ، وذلك لاستكمال الحكم . فاول ما يرجع اليه فى تحديد هذه الترميمات هو العرف ، فاذا لم يوجد عرف ، اعتبرت الترميمات تاجيريه اذا كانت الحاجة اليها قد نشات من استعمال العين استعمالا مالوفا .

والمادة المقترحه تتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٩٥ من التقنين الأردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحه مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فهذا الفقه يفرق بين الترميمات الضرورية للانتفاع فيجعلها على المؤجر وبين الترميمات التاجيريه البسيطه فيجعلها على المستاجر . وهذه التفرقه واضحه فى نص المادة ٥٢٠ من المجله التى تقدم ذكرها فى التعليق على المادة ٥٦١ من المشروع . كمانصت المادة ٥٢٢ من المجله على ان « ازاله التراب والزبل الذى يتراكم فى مدة الاجاره والتطهير على المستاجر » .

وفى هذا المعنى ايضا المادتان ٦٤٨ و ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتان ٥٧٥ ، ٥٧٦ من مجلة الاحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٤)

١ - المستاجر مسئول عن حريق العين المؤجرة ، الا اذا أثبت ان الحريق نشأ عن سبب لايد له فيه .

٢ - فاذا تعدد المستاجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر ان كان مقيما فى العقار . هذا مالم يثبت أن النار أبتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله احد المستاجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٤ من التقنين الحالى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٠٣ من المجلة على أن « حركة المستاجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة الذى يتولد منها . مثلا لو استعمل الألبسة التى استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن . كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستاجر النار أزيد من العادة وسائر الناس يضمن » .

(مادة ٥٨٥)

يجب على المستاجر ان يرد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار ، فاذا ابقاها تحت يده دون حق كان ملزما أن يدفع للمؤجر تعويضا يراعى فى تقديره القيمة الايجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٧١ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٠٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع الماده ٥٩٥ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار :

نصت المادة ٥٦١ من المجلة على ان « يلزم المستاجر رفع يده عن الماجور بعد انقضاء الاجارة » . ونصت المادة ٥٩٢ على انه « ليس للمستاجر استعمال الماجور بعد انقضاء الاجازة . ونصت المادة ٥٩٣ على أنه « لو انقضت الاجارة واراد الاجر قبض ماله يلزم المستاجر تسليمه اياه » .

ونصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على أنه « اذا انتهت مدة الأجارة وجب على المستاجر أن يفرغ الدار او الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخليه » .

وفيما يتعلق بالتزام المستاجر بدفع القيمة الايجارية للعين اذا ابقاها تحت يده دون حق بعد انتهاء الايجار : نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على أنه اذا مضت مدة الأجارة وسكن المستاجر بعدها شهرا أو أكثر يلزمه أجر المثل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال أو كانت وقفا أو ليتيم » .

ونصت المادة ٤٧٢ من المجلة على أن « من استعمل مال غيره من دون عقد وبلا اذن ، فان كان معد للاستغلال تلزمه أجرة المثل .....

وفيما يتعلق بالتزام المستاجر بتعويض ما أصاب المؤجر من ضرر فان هذا تقتضه القواعد الشرعية فى الضمان بالتسبب . وقد نصت المادة ٦٠٦ من المجلة على ما ياتى : « يبقى الماجور كالوديعة أمانه فى يد المستاجر عند انقضاء الأجازة كما كان . وعلى هذا لو استعمل المستاجر الماجور بعد انقضاء الأجازة وتلف يضمن ، كذلك لو طلب الآجر ماله عند انقضاء الاجارة من المستاجر ولم يعطيه أياه ثم بعد الامساك تلف يضمن » .

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار :

(مادة ٥٨٦)

١ ـ على المستاجر ان يرد العين بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد اصاب العين من تلف أو هلاك ناشىء عن استعمالها استعمالا مالوفا او راجع الى سبب لايد له فيه .

٢ ـ فاذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر او دون بيان باوصاف هذه العين افترض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستاجر قد تسلم العين فى حالة حسنة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ على المستاجر ان يرد العين بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد اصاب العين من هلاك او تلف بسبب لا يد له فيه .

٢ ـ فاذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر او دون بيان باوصاف هذه العين افترض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستاجر قد تسلم العين فى حالة حسنة » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باضافة ما يفيد رفع المسئولية عن المستاجر اذا كان تلف العين أو هلاكها ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا . وذلك لكى يتضح ان الحكم واحد فى المادتين ٥٨١ و٥٨٦ من المشروع ، وهما المقابلتان للمادتين ٥٨٣ و ٥٩١ من التقنين الحالى . فى خصوص مسئوليه المستاجر عما يصيب العين المؤجرة من تلف او هلاك أثناء انتفاعه بها او عند ردها للمؤجر متى انتهت اجارته ، بحيث ترتفع عنه المسئوليه فى الحالتين اذا كان ما أصاب العين ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا أو كان راجعا الى سبب لايد له فيه (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨١ من المشروع) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٢ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٩١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٠٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٠١ من المجله على انه « لا يلزم الضمان اذا تلف الماجور فى يد المستاجر ، مالم يكن بتقصيره او تعدية أو مخالفته لماذونيته » . ونصت المادة ٦٠٢ على انه « يلزم الضمان على المستاجر لو تلف الماجور او طرا على قيمته نقصان بتعديه » . ونصت المادة ٦٠٤ على انه «لوتلف الماجوربتقصيرالمستاجر فى امر المحافظة او طرا على قيمته نقصان يلزم الضمان » . ونصت المادة ٦٠٦ على ان « يبقى الماجور كالوديعه امانة فى يد المستاجر عند انقضاء الاجارة كما كان ... » . وقد تقدم ذكر هذه المواد . انظر كذلك المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلاميه على مذهب الامام مالك ، وقد تقدم ذكرها .

اما الافتراض الذى تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فانه يستند الى ما جرت به العادة من كتابة محضر او بيان باوصاف العين المؤجرة عند التسليم ، والقاعدة الشرعية ان العادة محكمة .

(مادة ٥٨٧)

١ ـ اذا احدث المستاجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا او غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر ان يرد للمستاجر عند انقضاء الايجار ما انفقه فى هذه التحسينات او ما زاد فى قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر او رغم معارضته ، كان له أن يطلب من المستاجر ازالتها ، وله ان يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الازالة .

٣ ـ وإذا اختار المؤجر ان يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة ان تنظره الى اجل للوفاء بها .

هـذه المـادة تطابق المـادة ٥٩٢ من التقنين الحالى ، مـع تعديلات لفظية ، حيث استبدلت عبارة « اذا حدث » فى بداية الفقرة الأولى بعبارة « اذا وجد » . وحذفت عبارة « ان كان للتعويض مقتض » فى نهـاية الفقرة الثـانية . واستبدلت كلمة « واذا » فى بداية الفقرة الثالثة بكلمة « فاذا » .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٧٧٤ من التقنين العراقى .

وتقـابل المـادة ٧٠١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المـادة ٥٩٨ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المـادة ٥٣١ من المجلة على انه « لـو أحـدث المستاجر بناء فى العقار المـاجور أو غرس شجرة فالآجر مخير عند انقضـاء مـدة الاجارة ان شـاء قلع البناء والشجرة وان شاء ابقاهما واعطى قيمته كثيرة كانت او قليلة » .

ونصت المـادة ٦٥٩ من مرشـد الحيران على انه « اذا انقضـت مـدة الاجارة وكان المستاجر قد بنى فى الأرض بناء او غرس فيهـا اشجارا يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار الا ان يرضى المؤجر بتركهما فى الأرض باجارة او اعارة فيكون البنـاء والشجر للمستاجر والأرض للمؤجر . فان تركهمـا باعارة للأرض يكون لهما ان يؤجرا الأرض والبناء لثالث ويقسمان الأجرة على قيمة الأرض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا ارض فيأخذ كل منهما حصته » . ونصت المـادة ٦٦٠ على انه « اذا كان هـدم البناء وقلع الشجر يضران بالأرض وبنقصان قيمتها ومضت مـدة الاجارة فللمؤجر ان يتملكها جبرا على المستاجر وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين بان تقوم الأرض بهما مستحقى الهدم والقلع وبدونهما فيضـمن المؤجر ما بين القيمتين . وان كانت الأرض لاتنقص بقلعهما فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضى المستاجر انما له أمر المستاجر بقلعهما من ارضـه » .

(٣) النزول عن الايجار والايجار من الباطن

(مادة ٥٨٨)

١ ـ للمسـتاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن ، وذلك عن كل ما استاجره او بعضـه ، ما لم تكن شخصية المستاجر محل اعتبار ، او يقض نص أو اتفاق بغير ذلك .

٢ ـ واذا اشترط المؤجر الا يكون النزول عن الايجار او الايجار من الباطن الا بموافقته ، فلا يجوز له أن يمتنع عن هـذه الموافقة الا لسـبب مشروع .

هذه المـادة تقابل المـادة ٥٩٣ من التقنين الحالى التى تنص على ان « للمسـتاجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استاجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفـاق بغير ذلك » .

وقـد ادخلت على هذا النص التعـديلات الآتية :

١ ـ عـدلت الفقرة الأولى فى صدرها تعديلا لفظيا ، حيث استبدلت عباره « للمستاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن » بعبارة « للمستـاجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن » .

٢ ـ اضيفت الى الفقرة الأولى حالة مستثناه من الحكم فى عبارة « مالم تكن شخصية المسـتاجر محل اعتبار » . وقـد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى يتضمن عبارة فى هذا المعنى تجرى على الوجـه الآتى : « وقـد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف » ، فحذفت فى لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ ـ ٥٦٠) . فاذا كانت شخصية المسـتاجر محل اعتبار عند التعاقد ، بان أجر المؤجر العين للمستاجر لاعتبارشخصى فيه ، فلا يجوز للمستاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن .

٣ ـ اضيفت الى الفقرة الأولى ايضا حالة مستثناه من الحكم ، حيث اسـتبدلت عبارة « أو يقض نص او اتفاق بغير ذلك » بعبارة « مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقـد روعى فى هـذا التعـديل ان القانـون الخاص بتنظيم العلاقة بين المـالك والمستاجر لم يتقيد بالقـاعدة الواردة فى هذه الفقرة ، الأمر الذى اقتضى اضـافة التحفظ الخاص بوجود نص مخالف .

٤ ـ استحدثت الفقرة الثانية من المـادة المقترحة . وقـد كانت المـادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٤) تتضمن فقرة تنص على حكمها ؛ ولكنها حذفت (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ ـ ٥٦٠) . فرؤى ان تضاف هذه الفقرة تطبيقا لنظرية التعسـف فى استعمال الحق ، حيث لايجوز للمؤجر ان يتعسف فى التمسك بالشرط المـانع من النزول عن الايجار او الايجار من الباطن.

والمـادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٧٥ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المـادة ٥٩٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٧٠٢ ـ ٧٠٤ من التقنين الاردنى .

وفى الفقـه الاسـلامى :

فيما يتعلق بحق المسـتاجر فى النزول عن الايجار او الايجـار من الباطن ، نصت المـادة ٥٨٦ من المجلة على ان « للمستاجر ايجار المـاجور لآخر قبل القبض ان كان عقارا ، وان كان منقولاً فلا » . ونصت المـادة ٦٢٤ من مرشد الحيران على ان « للمستاجر ان يؤجر العين المؤجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله ان كانت عقارا ، وليس له اجارتها قبل القبض بل بعـده ان كانت منقولا » . ونصت المـادة ٦٢٣ من مرشد الحيران على انه « يجوز لمسـتاجر دار او ارض أن يعيرهـا ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التى استاجرها بها او باقل منها او باكثر لو كانت الأجرة الثانية من غير جنس الأولى ، فلو كانت من جنسـها لاتطيب له الزيادة » .

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الايجار من الباطن اذا كانت شخصية المستاجر محل اعتبار ، نصت المادة ٥٨٧ من المجلة على ان « للمستأجر ايجار مالم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر » . ونصت المادة ٥٣٦ على ان « من استاجر ثيابا على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره » . ونصت المادة ٥٣٧ على ان « الحلى كاللباس » . ونصت المادة ٥٥١ على ان « الدابة التى استكريت على ان يركبها فلان لايصح اركابها غيره ، وان اركب وتلف الحيوان يلزم الضمان » .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الاسلامى .

(مادة ٥٨٩)

١ ـ منع المستاجر من ان يؤجر من الباطن يقتضى منعه من النزول عن الايجار ، وكذلك العكس .

٢ ـ ومع ذلك اذا كانت العين المؤجرة عقارا انشىء فيه مصنع او متجر ، واراد المستاجر ان يبيع هذا المصنع او المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضى بابقاء الايجار اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ منع المستاجر من ان يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل عن الايجار ، وكذلك العكس .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار انشىء به مصنع او متجر واقتضت الضرورة ان يبيع المستاجر المصنع او المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضى بابقاء الايجار اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق . »

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

٢ ـ استبدلت فى صدر الفقرة الثانية عبارة «ومع ذلك اذا كانت العين المؤجرة عقارا انشىء فيه مصنع او متجر » بعبارة « ومع ذلك اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار انشىء به مصنع أو متجر » .

٣ ـ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « واراد المستاجر ان يبيع هذا المصنع او المتجر » بعبارة « واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر » . ومقتضى هذا التعديل انه لا يشترط ان تقوم ضرورة تدعو الى ان يبيع المستاجر مصنعه او متجره . فقد يرى المستاجر ان يغير نوع النشاط الذى يمارسه . بل قد يكون المستاجر راغبا فى البيع ابتغاء للكسب . وفى ذلك من التيسير مالا يسمح به النص الحالى . ويكفى ما هناك من شروط تجعل المؤجر فى مامن من اى ضرر . حيث يشترط ان يقدم المشترى ضمانا كافيا للمؤجر للقيام بالتزاماته الناشئة عن عقد الايجار ، كما يشترط الا يلحق المؤجر من نزول المستاجر عن الايجار للمشترى ضرر محقق . وهذا هو الذى يجعل من تمسك المؤجر بالشرط المانع تعسفا فى استعمال الحق .

والسند الشرعى لحكم الفقرة الاولى مر المادة المقترحة هو ما جرت به العادة من انه اذا وجد شرط يمنع من النزول عن الايجار او يمنع من التأجير من الباطن فالمفروض ان المتعاقدين قصدا ان يمنع الشرط من العملين معا ، وذلك بسبب عدم ادراك الفروق الدقيقة بين العملين .

اما حكم الفقرة الثانية فهو تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الاسلامى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٧٦١ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ٧٠٢ ـ ٧٠٤ من التقنين الأردنى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٥٩٠)

فى حالة النزول عن الايجار يحل المتنازل له محل المستاجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار . ومع ذلك يبقى المستاجر ضامنا المتنازل له فى تنفيذ التزاماته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٥ من التقنين الحالى التى تنص على انه «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستاجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته » .

وقد أضيف الى هذا النص ما جاء فى صدر المادة المقترحة من انه « فى حالة النزول عن الايجار يحل المتنازل له محل المستاجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار » . واقتضى هذا ان تضاف عبارة «ومع ذلك» قبل بقية المادة باعتبار ان ضمان المستاجر للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته خروج على القاعدة العامة فى ضمان المدين الاصلى للمحال عليه فى حوالة الدين .

وقد كانت المادة ٧٩٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تجرى على نحوما جاء فى المادة المقترحة ، ولكن حذف الحكم الوارد فى صدرها ، وهو الخاص بعلاقة المتنازل له مع المؤجر ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة واحكام الحوالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ ـ ٥٦٥) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٧٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠١ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ٥٦٤ .

والنزول عن الايجار ينطوى على حوالة حق وحوالة دين .

وفى الفقه الاسلامى : انظر ما تقدم ذكره عن انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٥٩١)

١ - فى حالة الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستاجر الأصلى خاضعة لاحكام عقد الايجار الأصلى. اما العلاقة بين المستاجر الأصلى والمستاجر من الباطن فتسرى عليها احكام عقد الايجار من الباطن .

٢ - ومع ذلك يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستاجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر ولا يجوز ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستاجر الأصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ - يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستاجر الأصلى وقت ان ينذره المؤجر .

٢ - ولا يجوز للمستاجر من الباطن ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستاجر الأصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن » .

وقد أضيفت الى هذه المادة الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، وجمع ما جاء فيها فى فقرة واحدة هى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وما جاء فى الفقرة الاولى من المادة المقترحة كانت تنص عليه المادة ٧٨٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ - ٥٦٤) .

والمادة المقترحة تتفق فى احكامها مع المادة ٧٧٦ من التقنين العراقى .

وتتفق فى احكامها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٠٥ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٧ و ٧٩٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة قوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم » . فالعلاقة بين المؤجر والمستاجر الأصلى تسرى عليها شروط عقد الايجار الأصلى . والعلاقة بين المستاجر الأصلى والمستاجر من الباطن تسرى عليها شروط عقد الايجار من الباطن . وقد نصت المادة ٦٢٧ من مرشد الحيران على ان « المستاجر الذى اجر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالاجرة لمالكها ، وليس للمالك قبضها من المستاجر الثانى الا اذا احاله المستاجر عليه او وكله بقبضها من المستاجر الثانى » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فالغرض منها حماية مصلحة شرعية معتبرة ، هى مصلحة المؤجر .

(مادة ٥٩٢)

تبرا ذمة المستاجر الأصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له فى حالة النزول عن الايجار او فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الأصلى من التزامات فى حالة الايجار من الباطن ، اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن . ويعتبر قبولا ضمنيا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ فى شان حقوقه قبل المستاجر الأصلى .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« تبرا ذمة المستاجر الأصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له فى حالة التنازل عن الايجار ام فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الأصلى من التزامات فى حالة الايجار من الباطن :

(اولا) اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار او بالايجار من الباطن .

(ثانيا) اذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ فى شان حقوقه قبل المستاجر الأصلى » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « سواء فيما يتعلق بضمانة المتنازل له فى حالة النزول عن الايجار » بعبارة « سواء فيما يتعلق بضمانة للمتنازل له فى حالة التنازل عن الايجار » .

٢ - استبدلت عبارة « اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » بالعبارة الواردة فى الفقرة « اولا » التى تقول : « اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار او بالايجار من الباطن » . اذ ان قبول المؤجر قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، ولا يقتصر القبول الضمنى على حالة ما اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ابداء اى تحفظ . فقد يستخلص القبول الضمنى من ظروف اخرى ، كما لو طالب المؤجر المتنازل له او المستاجر من الباطن بالأجرة دون ان يستوفيها ، او طالبه بدفع تعويض عن تلف اصاب العين .

٣ - النص على ان يعتبر قبولا ضمنيا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة دون ابداء اى تحفظ . وذلك توضيحا للأساس الذى يقوم عليه الحكم .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يستند الى قبول من جانب المؤجر ، وهو يدخل فى نطاق قوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » .

(٤) انتهاء الايجار .

(مادة ٥٩٣)

ينتهى الايجار بانقضاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ينتهى الايجار بانتهاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء » .

وقد استبدلت فى هذا النص كلمة « بانقضاء » بكلمة « بانتهاء » . كما اضيفت اليه عبارة « ما لم ينص القانون على غير ذلك » ، حيث قصد بهذا التحفظ مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة من تحديد اسباب لانتهاء الايجار ليس من بينها انقضاء المدة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٧٩ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٧٠٧ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على انه « اذا انتهت مدة الاجارة وجب على المستاجر ان يفرغ الدار او الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية » .

(مادة ٥٩٤)

١ - اذا انتهى عقد الايجار وبقى المستاجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة ، وتسرى على الايجار اذا تجدد على هذا الوجه احكام المادة ٥٥٦ .

٢ - ويعتبر هذا التجديد الضمنى ايجارا جديدا لا مجرد امتداد للايجار الأصلى . ومع ذلك تنتقل الى الايجار الجديد التامينات العينية التى كان المستاجر قدمها فى الايجار القديم مع مراعاة قواعد الشهر العقارى . أما الكفالة ، شخصية كانت او عينية ، فلا تنتقل الى الايجار الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٩ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٧٨٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢/٧٠٧ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على انه « اذا مضت مدة الاجارة وسكن المستاجر بعدها شهرا او اكثر يلزمه اجر المثل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال او كانت وقفا او ليتيم » .

ونصت المادة ٤٣٨ من المجلة على ان « السكوت فى الاجارة يعد قبولا ورضاء . مثلا لو استاجر رجل حانوتا فى الشهر بخمسين قرشا وبعد ان سكن فيه مدة اشهر اتى الآجر فى راس شهر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج ورده المستأجر وقال لم ارض واستمر ساكنا يلزمه خمسون قرشا كما فى السابق . وان لم يقل شيئا ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكنا يلزمه اعطاء ستين قرشا .... » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٥ .

(مادة ٥٩٥)

١ - اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ، واستمر المستاجر مع ذلك منتفعا بالعين بعد انتهاء الايجار ، فلا يفترض ان الايجار قد تجدد ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

٢ - اما اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ما لم يقبل اجرة جديدة او شروطا اخرى ، فسكت من وجه اليه التنبيه ، اعتبر هذا السكوت قبولا يتجدد به الايجار تجديدا ضمنيا بالأجرة او الشروط الجديدة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الحالى . أما الفقرة الثانية فمستحدثة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٤٣٨ من المجلة التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة . وقد نصت المادة ٤٣٩ على انه « لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده وتنزيله يعتبر العقد الثانى » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٩ .

(مادة ٥٩٦)

١ ــ اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا او جبرا الى خلف خاص ، فلا يكون الايجار نافذا فى حقه الا اذا كان يعلم به وقت انتقال العين اليه ، او كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل الملكية .

٢ ــ ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

٢ ــ ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية ان يتمسك بعقد الايجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ــ استبدلت عبارة « الى خلف خاص » فى الفقرة الاولى بعبارة « الى شخص آخر » ، لأن المقصود هو الخلف الخاص .

٢ ــ أضيفت حالة أخرى يكون الايجار فيها نافذا فى حق الخلف الخاص ، وهى حالة ما اذا كان الخلف يعلم بالايجار وقت انتقال العين اليه . وذلك الى جانب الحالة المذكورة فى النص ، وهى حالة ما اذا كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل الملكية . وعلة هذه الاضافة أن الخلف الخاص لا يجوز له أن يتمسك بقاعدة عدم ثبوت التاريخ الا اذا كان حسن النية ، أى لا يعلم بسبق تأجير العين. اذ ان حكم ثبوت التاريخ استثناء قصد منه الى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ غشا واضرارا به . فاذا كان هذا الغير يعلم بأسبقية الحق الذى يحتج به عليه ، فانه لا يكون فى حاجة الى الحماية . وعليه اذا كان الخلف الخاص يعلم بسبق تأجير العين ، فلا يحق له ان يتمسك بعدم ثبوت تاريخ الايجار .

٣ ــ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « يجوز للخلف الخاص » بعبارة « ومع ذلك يجوز لمن انتقلت الملكية » . اذ أن عبارة « ومع ذلك » تفيد ان الأمر يتعلق باستثناء يرد على حكم الفقرة الأولى . والحقيقة غير ذلك . فليس هناك استثناء فى هذا الصدد ، وانما يتعلق الأمر بتطبيق لقاعدة عامة تشمل جميع الأحكام التى تتقرر لحماية الشخص . ومقتضى هذه القاعدة ان الحماية التى تتقرر للشخص تمنح له ولا تفرض عليه ؛ فهى تفيده ولا تضره ، اذ هى حق له وليست واجبا عليه ، ان شاء تمسك بها وان شاء تركها . وعليه يجوز للخلف الخاص وفقا لهذه القاعدة ان يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه ، اذا قدر أن ذلك فى مصلحته .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨٠٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص٥٩٢ و ٥٩٣ .

ويلاحظ انه فى الفقه الاسلامى يكون العقد موقوف النفاذ اذا تعلق حق الغير بالمحل ، وهذا تندرج تحته حالات منها تصرف مالك العين الموجرة وبناء على ذلك يكون التصرف فى العين المؤجر موقوفا على أجازة المستأجر وفى هذا المعنى نصت المادة ٦٤٦ من مرشد الحيران على أن« بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على أجازة المستاجر ، فان أجازة جاز ، وان لم يجزه يبقى موقوفا الى ان يسقط حق المستاجر » . ونصت المادة ٥٩٠ من المجلة على انه « لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستاجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشترى وان لم يكن نافذا فى حق المستاجر .... وان جاز المستاجر البيع يكون نافذا فى حق كل منهم ... » .

اما فى المشروع ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى وغيره من التقنيات ما عدا التقنين الاردنى ، فان الايجار لا يقيد حق المالك فى التصرف، وذلك تيسيرا للتعامل ومراعاة لظروف المجتمع . وهذا هو مذهب الحنابلة . فقد جاء فى المادة ٥٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية ما ياتى « للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستاجر أو غيره قبل حلول مدة الاجارة أو فى اثنائها والاجرة من حين البيع للمشترى » .

(مادة ٥٩٧)

١ ــ لا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الايجار نافذا فى حقه ان يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينه فى المادة ٥٥٦ .

٢ ــ فاذا نبه من انتقلت اليه الملكية على المستاجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار ، فان المؤجر يلتزم بان يدفع للمستاجر تعويضا ، مالم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر او بعد ان يحصل على تامين كاف للوفاء بهذا التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « من انتقلت اليه الملكية » فى بداية الفقرة الثانية .

وتتفق مع المادة ٧٨٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان ما جاء بها من احكام يعتبر تنظيما بملكه ولى الامر مراعاة لظروف التعامل ، مادام ان للمالك حق التصرف فى ملكه رغم وجود الايجار ، وذلك حتى لايفاجأ المستأجر بالاخلاء فتتاح له مهلة معقولة، ولكى يعوض عن الضرر الذى يلحقه من جراء انتهاء عقد الايجار قبل انقضاء مدته .

(مادة ٥٩٨)

١ ـ اذا كان الايجار نافذا فى حق من انتقلت اليه الملكية او لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به ، فانه يحل محل المؤجر فى جميع ما ينشأ عن عقد الايجار من حقوق والتزامات .

٢ ـ ومع ذلك لا يجوز للمستاجر ان يتمسك بما عجله من الاجرة فى مواجهة من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا ان المستاجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية او كان من المفروض حتما ان يعلم به . فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاثبات ، فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق الفقرة الاولى من المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١/٨٠٩) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ولكن رؤى اضافتها لبيان المعنى المقصود من نفاذ الايجار فى حق من انتقلت اليه الملكية ، سواء فى هذه المادة او فى المادتين السابقتين ، وهو أن ينصرف أثر العقد اليه فيحل محل المؤجر فى حقوقه والتزاماته . ذلك ان هناك فارقا بين نفاذ العقد فى حق شخص وانصراف أثر العقد الى هذا الشخص . فنفاذ العقد فى حق شخص يعنى ان هذا الشخص يلتزم باحترام العقد ، ولكنه لا يصبح طرفا فيه ، وبالتالى لا تنتقل اليه الحقوق والالتزامات التى تنشأ منه . ولو طبقنا هذا المعنى على الحالة التى نحن بصددها ، فان الخلف الخاص لا يلتزم الا باحترام الايجار وعدم اخراج المستاجر ، فلا يصبح طرفا فى العقد ، وبالتالى لا تنتقل اليه الحقوق والالتزامات التى تنشا منه . اما انصراف اثر العقد الى شخص فانه يعنى ان هذا الشخص يصبح طرفا فى العقد ، فتنتقل اليه الحقوق والالتزامات التى تنشأ منه . وهذا هو المعنى المقصود فيما نحن بصدده ، حيث تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق والالتزامات التى تنشا عن عقد الايجار . ومع ذلك فكثيرا ما يستعمل الفقه والتشريع عبارة « نفاذ العقد » بمعنى انصراف أثر العقد . ومن الأمثلة على ذلك فى المشروع ما يقصد بنفاذ العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة . فنفاذ العقد فى هذه الحالة يقصد به انصراف أثر العقد . وقد رؤى عدم تغيير هذا المصطلح ، باعتبار ان معناه يتحدد فى بيان الاحكام الخاصة بالموضوع .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق المادة ٦٠٦ من التقنين الحالى ، مع تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٨٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو تحقيق مصلحة ودفع مفسدة. أما المصلحة فتتحقق بما تقرره الفقرة الاولى من بيان لموقف المستاجر فى مواجهة من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة . وأما دفع المفسدة فتتكفل به الفقرة الثانية للحيلولة دون وقوع غش او تواطؤ بين المستاجر والمؤجر فى تعجيل الاجرة .

(مادة ٥٩٩)

١ ـ اذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شانها ان تجعل تنفيذ الايجار من مبدا الأمر او فى اثناء سريانه مرهقا، على أن يراعى من يطلب انهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ ، وعلى ان يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

٢ ـ فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب انهاء العقد ، فلا يجبر المستاجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض او يحصل على تامين كاف.

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٨ من التقنين الحالى .

وهى تتضمن تطبيقا تشريعيا خاصا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها فى المادة ١٥٠ من المشروع .

وتتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧١٠ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨١٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٩٨و٥٩٩.

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامى الذى يأخذ بمبدأ انهاء الايجار بالعذر الطارىء . فقد نصت المادة ٤٤٣ من المجلة على انه « لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجاره » .

اما وجوب التعويض على المؤجر اذا كان هو الذى يطلب انهاء العقد، فسنده الشرعى تلك القاعدة الاساسية فى الشريعة الاسلامية التى تقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

(مادة ٦٠٠)

١ ـ لا ينتهى الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر .

٢ـ ومع ذلك اذا مات المستاجر،جاز لورثته ان يطلبوا انهاء العقداذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم ، واصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبية بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠١ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ــ لا تنتهى الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر .

٢ ــ ومع ذلك اذا مات المستاجر ، جاز لورثته ان يطلبوا انهاء العقد اذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم اصبحت أعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم ، او اصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٦٣ ، وان يكون طلب انهاء العقد فى مدة ستة اشهر على الأكثر من وقت موت المستاجر » .

وقد رؤى ان تحذف العبارة الاخيرة من هذه المادة ، وهى التى تتطلب « ان يكون طلب انهاء العقد فى مدة ستة اشهر على الاكثر من وقت موت المستاجر » . اذ ان هذه المدة قد لا تكون كافية ليتدبر الورثة امرهم فيها . ولكن يجب على الورثة الا يتاخروا فى هذا الطلب دون مبرر ، حتى لا يحمل تأخرهم على انه نزول منهم عن حقهم فى انهاء العقد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٨٣ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٠١ من التقنين المصرى الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الائمة الثلاثة مالك والشافعى واحمد ، ففى هذه المذاهب لا ينتهى الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر . ويخالف مذهب ابى حنيفة ، ففى هذا المذهب تنص المادة ٦٤٧ من مرشد الحيران على ان « تنفسخ الاجارة بموت المؤجر او بموت المستاجر اذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه » . كما نصت المادة ٣٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « تنفسخ الاجارة بموت احد طرفيها اذا عقدها لنفسه » (انظر فى هذا : ابن عابدين ج ٥ ص ٧٠ و ٧١ ، ومجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١) .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لمبدا انهاء الايجار بالعذر الطارىء الذى تناولته المادة السابقة ، وهو ماخوذ من الفقة الاسلامى كما سبق القول .

(مادة ٦٠١)

اذا مات المستاجر ، ولم يكن الايجار قد عقد الا بسبب حرفته او لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصه ، جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا انهاء العقد . وفى هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على انه «اذا لم يعقد الايجار الا بسبب حرفة المستاجر او لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، ثم مات ، جاز لورثته او للمؤجر أن يطلبوا انهاء العقد » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما اضيف اليها ما يفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب انهاء العقد . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى (م ٨٠٥) العبارة الآتية : « والاولى أن يكون ذلك بعد التنبيه بالاخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٧٦١ (م٥٦٣ مدنى) » . ولكن اللجان المختلفة التى مر بها المشروع لم تدخل تعديلا على النص بهذا المعنى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦١٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٧٨٤ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وموت المستاجر فى حكم المادة المقترحة يمكن اعتباره عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار ، وهو المبدا الذى طبق فى المادة السابقة ، وهو ماخوذ من الفقه الاسلامى كما سبق القول .

(مادة ٦٠٢)

١ ــ لا يترتب على اعسار المستاجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ ــ ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب انهاء الايجار اذا لم تقدم له فى ميعاد مناسب تامينات تكفل الوفاء بالأجرة التى لم تحل ، وكذلك يجوز للمستاجر اذا لم يرخص له فى النزول عن الايجار او فى الايجار من الباطن ان يطلب الانهاء على ان يدفع تعويضا عادلا . وفى هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ لا يترتب على اعسار المستاجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ ــ ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار اذا لم تقدم له فى ميعاد مناسب تامينات تكفل الوفاء بالأجرة التى لم تحل ، وكذلك يجوز للمستاجر اذا لم يرخص له فى التنازل عن الايجار او فى الايجار من الباطن ان يطلب الفسخ على ان يدفع تعويضا عادلا » .

وقد ادخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ــ استبدلت كلمة « انهاء » بكلمة « فسخ » . واستبدلت كلمة « الانهاء » بكلمة « الفسخ » . واستبدلت كلمة « النزول » بكلمة « التنازل ».

٢ ـ اضيفت العبارة الأخيرة التى تفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب انهاء العقد .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يستبعد تطبيق القواعد العامة التى تقضى بسقوط الاجل اذا ثبت اعسار المدين بأن كانت امواله لاتفى بديونه الحالة (م ٢٦١ / ١ من المشروع) . فمقتضى هذه القواعد ان اقساط الاجرة التى لم تستحق تحل جميعها ، اذ هى دين مؤجل . ولكن المشروع عطل هذا الاثر رأفة بالمستاجر ، حيث قضى بأن اعساره لا يترتب عليه ان تحل اجرة لم تستحق .

ولكن نظرا الى ان اعسار المستاجر قد يؤدى الى عجزه عن دفع الاجرة ، اجازت الفقرة الثانية لكل من المؤجر والمستاجر ان يطلب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته . ويعتبر الاعسار فى حكم هذه الفقرة عذرا طارئا يسوغ هذا الحكم ؛ والعذر الطارىء ماخوذ من الفقه الاسلامى كما سبق القول .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٨٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٠٢ من التقنين المصرى الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى التقنين الحالى (م ٨٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨٦ .

(مادة ٦٠٣)

يجوز للمستاجر ، اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انهاء ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار معين المدة ، على أن يراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٩ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يجوز للموظف او المستخدم ، اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انهاء ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار معين المدة ، على ان يراعى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ ـ استبدلت عبارة « يجوز للمستاجر » بعبارة « يجوز للموظف او المستخدم » . فلا يقتصر الحكم على الموظف أ والمستخدم ، بل يشمل كل مستاجر ، سواء كان من العاملين او من غيرهم . اذ ان هذا هو الذى يتفق مع فكرة العذر الطارىء الذى يسوغ انهاء الايجار ، حيث يمكن ان يقوم هذا العذر لدى مستاجر من غير العاملين .

٢ ـ حذفت العبارة الأخيرة التى تفيد بطلان كل اتفاق على خلاف الحكم . اذ ان بطلان مثل هذا الاتفاق قد يكون ضد مصلحة الموظف ، فيمتنع الملاك من ان يؤجروه مسكنا اذا تبين لهم انهم لا يستطيعون توقى انهاء الايجار قبل انقضاء مدته . وبذلك يستطيع المستاجر ان يرفع عن نفسه الحرج اذا رضى ان ينزل عن حقه فى انهاء الايجار فى حالة ما اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته . ونظرا الى هذا الاعتبار ورد فى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى (م٨١٢) اقتراح بحذف هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ٦٠١ فى الهامش) . ولكن اللجان التى مر بها المشروع لم تدخل هذا التعديل .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الكويتى . وتقابل المادة ٧٩٣ من التقنين العراقى .

ويعتبر اقتضاء عمل المستاجر تغيير محل اقامته عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار . والعذر الطارىء ماخوذ من الفقه الاسلامى كما سبق القول .

(مادة ٦٠٤)

١ ـ لا يجوز للمؤجر ان يطلب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو احتاج العين المؤجرة لسكناه او لاستعماله الشخصى ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ فاذا اتفق على انه يجوز للمؤجر ان ينهى العقد اذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه فى استعمال هذا الحق ان ينبه على المستاجر بالاخلاء فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٥٦ .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة ، وهى تتفق مع الفقرة الاولى من المادة ٨١٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على انه « لا يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو اعلن انه يريد سكنى العين المؤجرة بنفسه ، او يريدها لاستعماله الشخصى ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . ولكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة على ان يكون حكمها مفهوما ضمنا (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٥٩٦) .

وقد رؤى النص على هذا الحكم فى الفقرة الاولى من المادة المقترحة ، نظرا الى انه يتضمن القاعدة فى هذا الصدد ، حيث تقضى هذه القاعدة بانه اذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للعين كأن احتاج اليها لسكناه او لاستعماله الشخصى ، فان هذا لا يعتبر عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا اتفق على انه يجوز للمؤجر أن ينهى العقد اذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه فى استعمال هذا الحق أن ينبه على المستاجر بالاخلاء فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ ، ما لم يقضى الاتفاق بغير ذلك » . وقد رؤى حذف العبارة الأخيرة فى هذا النص ، وهى التى تجيز الاتفاق على ما يخالف مواعيد التنبيه بالاخلاء ، وذلك اتساقا مع ما هو مقرر فى حالات انهاء العقد الأخرى .

ذلك أن حكم الفقرة الأولى ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق مايخالفه ، وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٨١٠ من المشروع للتقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨١٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٩٦ .

(مادة ٦٠٥)

١ – اذا لم يباشر المستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الانتفاعا ناقصا ، وكان ذلك راجعا الى خطئه او الى أمر يتعلق بشخصه ، فانه يبقى ملزما بالايجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، مادام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه فى حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢ – وفى هذه الحالة يجب على المؤجر ان يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستاجر بالعين ، وقيمة ماحققه من نفع من وراء استعماله للعين فى أغراض أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٨١١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارتى « اذا لم يباشر المستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، او لم ينتفع بها الا انتفاعا ناقصا » فى بداية الفقرة الاولى بعبارتى « اذا لم يتمكن المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، او كان انتفاعه بها ناقصا » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لاستخلاص حكمها من القواعد العامة . ولكن رؤى من الأفضل النص على هذا الحكم توضيحا للحل .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٩١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٦١٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨١١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٥٩٥ و ٥٩٦ فى الهامش .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٧٩ من المجلة على أن « من استاجر حانوتا وقبضه ، ثم عرض للبيع والشراء كساد . ليس له أن يمتنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ماراجت والدكان بقى مسدودا » . ونصت المادة ٥٧٣ من مرشد الحيران على انه « تجب الأجرة فى الاجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلا او بتمكينه من استيفائها بتسلكمها له ولو لم يستوفها . فان قبض المستاجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر ، لزمه اجرتها ولو لم يسكنها » .

وحكم الفقرة الثانية يقره الفقه الاسلامى ، لان العدالة توجب أن يستنزل من الأجرة مقدار ما استفادة المؤجر من عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة .

الفرع الثانى

بعض أنواع الايجار

نظرة عامة :

هنـاك انواع من الايجار خصها القانون ببعض احكام تتلاءم مع طبيعتها ، او تستجيب لغرض اجتماعى ، وهى الايجار العادى للأرض الزراعية ، والمزارعة ، وايجار الوقف ، وايجار الاماكن .

فالايجار العادى للأرض الزراعية يخضع فى الأصل للاحكام العامة فى عقد الايجار . ولكن التقنين المدنى الحالى خصه ببعض احكام تتلاءم مع طبيعته . كما ان قانون الاصلاح الزراعى اتى بأحكام هامة فى تنظيم العلاقة بين مستاجرى الأرض الزراعية ومالكيها عدلت فى بعض النواحى الاحكام العامه التى تسرى على هذا الايجار . وقد رؤى النص فى المشروع على اهم الأحكام العامه فى هذا الصدد ، سواء ما جاء منها فى التقنين الحالى وما نص عليه قانون الاصلاح الزراعى ، وترك ما عدا ذلك لهذا القانون الأخير . لا سيما وان الكثير من قواعد هذا القانون قد تكون عرضه للتغيير بحسب ظروف المجتمع .

والمزارعه كذلك خصها التقنين المدنى الحالى ببعض احكام تتفق مع الخصائص التى تتميز بها عن الايجار العادى . كما عرض لها قانون الاصلاح الزراعى . وسار المشروع فى تنظيمها على الطريقة ذاتها التى اتبعها فى الايجار العادى للأرض الزراعية .

وايجار الوقف استمد التقنين الحالى احكامه من الشريعة الاسلامية، باعتبارها مصدر النظام القانونى للوقف ؛ ولذلك ابقى المشروع على هذه الأحكام .

اما ايجار الأماكن الذى نظم فيه الشارع العلاقة بين المؤجر والمستاجر لمواجهة ازمة المساكن ، فقد رؤى تركه للقوانين الخاصة التى اضطر الشارع الى تعديلها مرات عديدة فى فترات قصيرة مراعاة للظروف الاجتماعية التى كثيرا ما يستعصى عليه ايجاد الحلول الملائمة لها .

ايجار الأراضى الزراعية .

(مادة ٦٠٦)

اذا استؤجرت الأرض الزراعية ، نقدا او مزارعة ، مدة سنة او عدة سنوات ، كان للمستاجر أن يزرعها دورة زراعية سنوية او عدة دورات .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٢ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا ذكر فى عقد ايجار الأرض الزراعية أن الايجار قد عقد لسنة او لعدة سنوات ، كان المقصود من ذلك انه قد عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات » .

ذلك ان مدة ايجار الأرض الزراعية تحسب بالسنين الزراعية ، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية ، فهى تختلف عنها من حيث الابتداء ومن حيث الانتهاء . وذلك سواء كان الايجار نقدا او مزارعة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦١٨ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٥٦ من مرشد الحيران على ان « من استاجر ارضا سنة ليزرع فيها ما شاء فله ان يزرعها زرعين شتويا وصيفيا » .

(مادة ٦٠٧)

١ ـ يكون تاجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه .

٢ ـ فلا يجوز لمستاجر هذه الأرض ، نقدا او مزارعة ، ان يؤجرها من الباطن او أن ينزل عن الايجار للغير ، والا كان عقد الايجار الاصلى باطلا ، وكذلك عقد الايجار من الباطن أو النزول عن الايجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٣٢ فقره اولى من قانون الاصلاح الزراعى التى تنص على ما يأتى :

« يكون تاجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ، ولا يجوز للمستاجر تاجيرها من الباطن او التنازل عن الايجار او مشاركته فيها .

ويقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم ، ويشمل البطلان ايضا العقد المبرم بين المؤجر والمستاجر الأصلى » (معدلة بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٤ وبالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فالفقرة الأولى من النص المقترح ، وما يقابلها فى قانون الاصلاح الزراعى ، نص آمر ، ومن ثم يكون الجزاء على مخالفته هو البطلان .

ويقتضى اعمال هذا النص ان يحرم على المستاجر التأجير من الباطن او النزول عن الايجار . فان خالف هذا المنع ، كان الجزاء هو بطلان عقد الايجار الاصلى ، ويسقط ببطلانه الايجار من الباطن او النزول عن الايجار . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وما يقضى به كذلك قانون الاصلاح الزراعى .

وهدف الشارع من تحريم تاجير الارض الزراعية الا لمن يتولى زراعتها بنفسه هو منع استغلال الوسطاء للفلاحين . وهذا التحريم يشمل الايجار العادى والايجار بطريق المزارعة ، ويسرى بالنسبة الى الحقول والى الحدائق . وهو يعتبر منعا من التصرف فرضه القانون وجعله من النظام العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الهدف منها منع استغلال الوسطاء للفلاحين ، ومن ثم فانها تستند الى اعتبارات تتعلق بمصلحة اجتماعية عامة .

(مادة ٦٠٨)

١ ـ يجب ان يكون عقد الايجار ، نقدا او مزارعة ، ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها ، وتودع نسخة اخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية الكائنة فى زمامها الاطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية فى تلك القرية اودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر .

٢ ـ واذا امتنع المؤجر عن الايداع ، أو امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، وجب على الطرف الآخر ان يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة لاتخاذ الاجراءات التى ينص عليها القانون فى هذه الحالة .

٣ ـ ولا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد الايجار اذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة . واذا كان عقد الايجار مكتوبا ، ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه ممن اخل بالالتزام بالايداع .

هذه المادة تتفق مع المواد ٣٦ و ٣٦ مكرر و٣٦ مكرر (أ) و ٣٦ مكرر (ب) من قانون الاصلاح الزراعى .

فقد نصت المادة ٣٦ من هذا القانون على ماياتى :

« يجب أن يكون عقد الايجار ، مزارعة أو نقدا ، ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . وكذلك كل اتفاق على استغلال اراض زراعية ولو كان لزرعة واحدة .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة اخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية الكائنة فى زمامها الأطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية فى تلك القرية فيكون الايداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر (معدله بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر على ماياتى :

«اذا امتنع المؤجر عن ايداع عقد الايجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، او اذا امتنع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، وجب على الطرف الآخر ان يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية او من ينيبه المجلس فى ذلك ان يحيل الأمر الى لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية ، وعلى اللجنة ان تتحقق من قيام العلاقة الايجارية ومن نوعها بكافة طرق الاثبات . فاذا ثبت لها قيام العلاقة الايجارية اصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع . وتسلم نسخة من هذا العقد

الى كل من طرفيه وتودع نسخة اخرى منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة . ويكون هذا العقد ملزما للطرفين » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (ا) على ماياتى :

« وفى حالة ثبوت العلاقة الايجارية وفقا لحكم المادة السابقة يلتزم الطرف الممتنع عن ايداع العقد أو توقيعه بأن يؤدى الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مصاريف ادارية عن سنة زراعية واحدة تعادل ١ ٪ من الاجرة السنوية للعين المؤجرة مقدرة على أساس سبعة امثال الضريبة العقارية الأصلية المفروضة عليها .

ويعاقب بالحبس كل مؤجر يمتنع عمدا عن تحرير عقد الايجار وفقا لحكم المادة ٣٦ او يمتنع عن ايداع العقد بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة دون سبب مشروع .

كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل مؤجر او مستاجر يمتنع عمدا عن توقيع عقد الايجار » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر ب على ماياتى :

«لا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن ايجار الأراضى الزراعية ، مزارعة او نقدا ، امام اية جهة ادارية أو قضائية ما لم يكن عقد الايجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

فاذا كان عقد الايجار مكتوبا . ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن اخل بالالتزام بالايداع »(مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فبمقتضى المادة المقترحة يجب ان يكون عقد الايجار ، نقدا او مزارعة ، ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . والكتابة هنا مطلوبة للاثبات لا للانعقاد . وحتى تستوفى الكتابة المطلوبة يجب ان يحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، وتعطى نسخة منها لكل من المتعاقدين ، وتودع الثالثة بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية ، فاذا لم توجد جمعية فى القرية اودعت بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية .

ويقع على المؤجر واجب الايداع .

وفى حالة امتناع المؤجر عن الايداع ، او امتناع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، فقد رسم قانون الاصلاح الزراعى اجراءات ترمى الى جعل الجمعية التعاونية الزراعية مشرفة على تحرير عقود الايجار والاحتفاظ بصورة منها ، وذلك على النحو المنصوص عليه فى المادة ٣٦ مكرر السالفة الذكر .

فاذا لم يكن عقد الايجار ثابتا بالكتابة على هذا النحو او ذاك ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه . وفى هذا الجزاء ما يكفى لحمل الطرفين على تحرير عقد الايجار وايداع نسخة منه .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تدوين التعامل فى محرر امر مندوب اليه شرعا قطعا للنزاع . وقد جاء فى الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

(مادة ٦٠٩)

١ ـ مع عدم الاخلال بالقواعد المقررة فى الاثبات ، يجب على المؤجر أن يقبل الوفاء بالأجرة من المستاجر وان يعطيه مخالصه عن كل مبلغ يؤديه منها ، والا كان للمستاجر ان يبرىء ذمته بان يودع الأجرة على ذمة المؤجر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ايصال او يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وعلى رئيس الجمعية أو من ينوب عنه أن يعرض المبلغ المودع على المؤجر او وكيله فى التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الايداع ، فاذا رفض المؤجر او وكيله تسلم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة المختصة واخطرت كلا من المؤجر والمستاجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٢ ـ وفى حالة الايجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر او وكيله عن محاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول ، كان للمستاجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يبلغ شكوى المستاجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال أسبوع من تاريخ الاخطار . فاذا لم يقم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستاجر ، تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصه واخطرت المؤجر أو وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٣٦ مكرر (و) و ٣٦ مكرر (ز) من قانون الاصلاح الزراعى المضافتين بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والمعدلتين بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

فقد نصت المادة ٣٦ مكرر (و) من هذا القانون على ما ياتى :

« مع عدم الاخلال بالقواعد العامة فى الاثبات يجب على المؤجر ان يسلم الى المستاجر مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه اليه من الاجرة ، ولا يجوز للمؤجر توكيل الغير فى تحصيل اجرة الا اذا قام بتعيين الوكيل فى عقد الايجار ، فاذا اختار هذا الوكيل بعد تحرير العقد وايداعه الجمعية التعاونية الزراعية المختصة وجب عليه ان يبلغ كلا من المستاجر والجمعية باسم الوكيل خلال اسبوع من تاريخ توكيله وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وتبرا ذمة المستاجر اذا اوفى بالاجرة الى المؤجر او وكيله » .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (ز) على ما يأتى :

«اذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة ، أو اذا امتنع أيهما عن تسليم المستاجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الاجرة ؛ كان للمستاجر ان يودع الأجرة على ذمة المؤجر فى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ايصال من الجمعية ، او يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية او من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه ان يعرض المبلغ المودع على المؤجر أو وكيله فى التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال اسبوع من تاريخ الايداع . فاذا رفض المؤجر او الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض اودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى دائرة اختصاصها الارض المؤجرة بعد خصم رسوم الايداع والمصاريف الادارية ، وتخطر الجمعية فى هذه الحالة كلا من المستاجر والمؤجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفى حالة الايجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر او وكيله عن محاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول . كان للمستاجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية او من يكلفه المجلس بذلك من اعضائه ان يبلغ شكوى المستاجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . وذلك خلال اسبوع من تاريخ الاخطار .

فاذا لم يقم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستاجر ، قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الايداع والمصاريف الادارية وتخطر المؤجر او وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفى جميع الاحوال يعتبر الايداع مبرئا لذمة المستاجر بمقدار ما تم ايداعه من الأجرة » .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يقصد به المحافظة على حقوق المستاجر بتمكينه من توفير الدليل على وفائه بالأجرة او باى مبلغ يؤديه منها . حيث يجب على المؤجر ان يقبل الوفاء بالاجرة من المستاجر وان يعطيه مخالصة بأى مبلغ يؤديه ، فاذا رفض المؤجر قبول الوفاء بالأجرة أو اعائه مخالصة بما دفع ، استطاع المستاجر أن يبرىء ذمتهبايداع المبلغ صندوق الجمعية التعانية الزراعية المختصة ، وفى هذه الحالة تتولى الجمعية عرض المبلغ المؤجر ، فاذا رفض تسلمه اودعته خزانة المحكمة .

واذا كان الايجار بطريق المزارعة ، فان حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يقصد به تمكين المستاجر من تصفية حسابه مع المؤجر واخذ نصيبه فى المحصول . فاذا امتنع المؤجر عن محاسبة المستاجر ، كان لهذا ان يخطر الجمعية الزراعية المختصة لكى تبلغ شكواه الى المؤجر ، فاذا لم يقم المؤجر بعد ذلك بمحاسبة المستاجر تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يقصد به المحافظة على حقوق المستاجر وقطع دابر ما عسى ان يقع من نزاع بين الطرفين .

(مادة ٦١٠)

لا يشمل ايجار الأرض الزراعية المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا شرط ذلك فى العقد .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كانت العين المؤجرة أرضا زراعية ، فلا يكون المؤجر ملزما بتسليم المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الارض الا اذا كان الايجار يشملها » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى النص المقترح ، لابراز اصل الحكم . مايجار الارض الزراعية لا يشمل فى الاصل ما يوجد فيها من مواش وادوات زراعية كالات الحرث والرى والحصاد . حيث لا تعد من ملحقات الارض نظرا الى اهميتها ، ومن ثم لا يشملها الايجار بمجرده . فاذا اريد ان يشملها الايجار ، وجب ان يذكر ذلك فى العقد . وفى هذه الحالة يكون هناك ايجار للأرض وايجار اخر للمواشى والأدوات الزراعية . ويترتب على ذلك ان تكون الاجرة قسمين . قسما منها للارض وقسما آخر للمواشى والادوات الزراعية .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١/٧١٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها هو ما يجرى به العرف الزراعى .

(مادة ٦١١)

١ - يلتزم المستاجر بان يستغل الارض الزراعية المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق وجب عليه ان يستغلها وفقا لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعليه بوجه خاص أن يعمل على ان تبقى الأرض صالحة للانتاج .

٢ - ولا يجوز له دون رضاء المؤجر ان يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها اى تغيير جوهرى يمتد اثره الى ما بعد انتهاء الايجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجب أن يكون استغلال المستاجر للأرض الزراعية موافقا

لمقتضيات الاستغلال المألوف . وعلى المستاجر بوجه خاص ان يعمل على ان تبقى الأرض صالحة للانتاج .

٢ – ولا يجوز له دون رضاء المؤجر ان يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها اى تغيير جوهرى يمتد اثره الى ما بعد انتهاء الايجار » .

وقد اضيف الى الفقرة الاولى من هذه المادة ما يفيد التزام المستاجر بان يستغل الارض المؤجرة على النحو المتفق عليه اذا كان هناك اتفاق . فاذا اشترط عليه المؤجر ان يتبع نظاما خاصا فى زراعة الارض ، كان ملزما باتباع هذا النظام فى الزراعة . فهذا هو أول ما يعتد به فى استغلال الارض . فاذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشان ، كان على المستاجر أن يستغل الارض وفقا لمقتضيات الاستغلال المالوف بحسب ما أعدت له .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠٨ و ٦٠٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/٨٠٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧١٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦١٦ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها هو ماجرى به العرف الزراعى . وقد نصت عليه المواد ٥٨٦ و ٦٢٣ و ٦٢٥ من مجلة الاحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى ، وهو راى جمهور فقهاء المذاهب جميعها .

(مادة ٦١٢)

اذا شمل الايجار مواشى وادوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب على المستاجر ان يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المالوف فى الانتفاع بها .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا تسلم المستاجر مواشى وادوات زراعية مملوكة للمؤجر، وجب عليه ان يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المالوف فى استغلالها » .

وقد عدلت هذه المادة بالنص على اصل الحكم ، وهو ان يشمل الايجار مواشى وادوات زراعية مملوكة للمؤجر ، لان المستاجر لا يتسلم هذه المواشى والأدوات الا اذا كان الايجار يشملها ، فاذا تسلمها بناء على ذلك وجب عليه ان يبذل من العناية فى رعاية المواشى وتعهد الأدوات الزراعية بالصيانة ما يبذله الشخص العادى ، وبحسب المالوف فى الانتفاع بهذه الأشياء . وقد استبدلت عبارة « فى الانتفاع بها » فى نهاية النص بعبارة « فى استغلالها » تحريا للدقة فى التعبير .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٧١٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٢/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القاعدة التى تحرم الاضرار بالغير ؛ حيث يجب على المستاجر الا يلحق ضررا بالمؤجر بتقصيره فى رعاية المواشى او صيانة الادوات الزراعية .

(مادة ٦١٣)

١ – على المستاجر أن يقوم باجراء الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المالوف بالارض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام باعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والاسوار والآبار والمبانى المعدة للسكنى او للاستغلال .

٢ – اما اجراء الاصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، كاقامة المبانى والاصلاحات الكبرى للمبانى القائمة وغيرها من ملحقات العين والاصلاحات اللازمة للابار والترع ومجارى المياه والخزانات ، فيلتزم بها المؤجر .

٣ – كل هذا ما لم يقض الاتفاق او العرف بغيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – على المستاجر ان يقوم باجراء الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المالوف بالارض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام باعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والاسوار والآبار والمبانى المعدة للسكنى أو للاستغلال ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

٢ – اما اقامة المبانى والاصلاحات الكبرى للمبانى القائمة وغيرها من ملحقات العين ، فيلتزم بها المؤجر ، ما لم يقض الاتفاق او العرف بغير ذلك . وكذلك يكون الحكم فى الاصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالنص فى صدرها على نوع الاصلاحات التى تقع على عاتق المؤجر ، بالمقابلة مع نوع الاصلاحات التى يلتزم بها المستاجر فى صدر الفقرة الاولى . فالمستاجر يلتزم بالاصلاحات التاجيرية ؛ وهى الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المالوف بالارض المؤجرة . والمؤجر يلتزم بالاصلاحات غير التاجيرية ، وهى الاصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة من الارض المؤجرة . وقد عددت الفقرة الاولى اهم الاصلاحات التاجيرية ؛ وعددت الفقرة الثانية اهم الاصلاحات غير التاجيرية ، وليس هذا التعداد او ذاك على سبيل للحصر .

وافردت فقرة مستقلة ؛ وهى الفقرة الثالثة فى المادة المقترحة ، لحالة من اذا كان هناك اتفاق او عرف يقضى بغير الحكم المنصوص عليه فى اى من الفقرتين الاولى والثانية . فاذا وجد اتفاق فى هذا الشان ، كان هو الواجب الاتباع . واذا لم يكن هناك اتفاق ، وجب الاخذ بما يقضى به العرف . واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، سرى الحكم المنصوص عليه .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦١٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٢٠ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها هو ما يجرى به العرف. وهو ما نصت عليه المادتان ٥٧٥ و ٥٧٦ من مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى ، وبه قال الفقهاء المذاهب الأربعة . فقد نصت المادة ٥٧٥ من هذه المجلة على أنه «يجب على المؤجر عند الاطلاق كل ما يتمكن به المستاجر من الانتفاع على الوجه المسمى فى العقد» . ونصت المادة ٥٧٦ على انه « لا يلزم المؤجر ما كان عائدا لمصلحة المستأجر مما هو خارج عن منفعة الماجور الا بشرط » .

(مادة ٦١٤)

اذا لم يتمكن المستاجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها ، أو هلك البذر كله أو أكثره ، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة ، برئت ذمته من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الاحوال . ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٦١٥ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا منع المستاجر من تهيئة الأرض للزراعة او من بذرها ، او هلك البذر أو اكثره ، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة ، برئت ذمة المستاجر من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ ـ استبدلت عبارة « اذا لم يتمكن المستاجر من تهيئة الارض للزراعة » فى صدر النص بعبارة « اذا منع المستاجر من تهيئة الأرض للزراعة » .

٢ ـ اخذ بعكس الحكم المذكور فى نهاية النص . فلا يجوز الاتفاق على خلاف ماتقضى به المادة المقترحة . حيث لا يجوز للمؤجر ان يشترط على المستاجر ان يتحمل تبعة القوة القاهرة ، فلا تسقط عنه الأجرة حتى لو منعته القوة القاهرة من تهيئة الأرض للزراعة او ادت الى هلاك البذر كله أو بعضه . كما لا يجوز للمؤجر ان يشترط عدم مسئوليته عن تعطل آلات الرى . كذلك لا يجوز للمستاجر ان يشترط سقوط الأجرة عنه حتى لو لم تكن القوة القاهرة من شأنها ان تمنعه من الزراعة ، بل تجعل ذلك اكثر مؤونة عليه . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، أو على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . اذ ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٠٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٢٠ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٢١/١ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٦١٥ من التقنين المصرى الحالى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٥٧ من مرشد الحيران على انه « اذا غلب الماء على الارض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها ، او انقطع الماء عنها فلم يمكن ريها ، فلا تجب الأجرة أصلا وللمستاجر فسخ الأجارة » .

(مادة ٦١٥)

١ ـ اذا هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة ، جاز للمستاجر أن يطلب اسقاط الأجرة .

٢ ـ فاذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه نقص كبير فى ريع الارض ، كان للمستاجر أن يطلب انقاص الأجرة .

٣ ـ وليس للمستاجر أن يطلب اسقاط الأجرة أو انقاصها اذا كان قد عوض عما اصابه من ضرر بمـا عاد عليه من ربح فى مدة الاجارة كلها ، أو بما حصل عليه من طريق التامين ، أو من اى طريق آخر .

٤ ـ ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام .

هذه المادة تتفق فى فقراتها الثلاثة الأولى مع المادة ٦١٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا بذر المستاجر الارض ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة ، جاز للمستاجر أن يطلب اسقاط الأجرة .

٢ ـ أما اذا لم يهلك الا بعض الزرع ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير فى ريع الأرض ، كان للمستاجر ان يطلب انقاص الأجرة .

٣ ـ وليس للمستاجر ان يطلب اسقاط الأجرة او انقاصها اذا كان قد عوض عما اصابه من ضرر بما عاد عليه من ارباح فى مدة الاجارة كلها ، أوبما حصل عليه من طريق التامين ، او من اى طريق آخر » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

كمـا أضيفت فى المادة المقترحة فقرة مستحدثه ، هى الفقرة الرابعة . ويختلف حكم هذه الفقرة عما هو مستقر فقها من انه يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فى الفقرات الثلاثة الأولى . حيث انه بمقتضى هذه الفقرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فى المادة المقترحة . ومن ثم لا يجوز للمؤجر ان يشترط عدم مسئوليته عن الحوادث القهرية فلا يرجع عليه المستاجر بشىء اذا وقع حادث قهرى تسبب عنه خسـارة . كذلك لا يجوز للمستـاجر ان يشترط ضـمان المؤجر لأى محصول يهلك قبل الحصـاد مهما كان مقداره ، ولو كان هذا المقدار ليس من شانه ان ينقص ريع الأرض انقاصا كبيرا . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، أو على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . اذا ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٢٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٦١٦ و ٦١٨ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٦٢١/٢ و ٣ و ٦٢٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٨٠١ و ٨٠٢/٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٧٢١ و ٧٢٢ من التقنين الاردنى .

وحكمها تطبيق خاص لمبدأ الايجار المرهق الذى يعرفه الفقه الاسلامى .

وقد نصت المادة ٦٥٨ من مرشد الحيران فى هذا الصدد على انه « اذا زرع الارض المؤجرة فاصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع وسقط حصة ما بقى من المدة بعد هلاكه ، الا اذا كان متمكنا من زراعة مثل الأول او دونه فى الضرر فتجب حصة ما بقى من المدة أيضا » . وراجع أيضا المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام الشرعية .

ووجه العدالة ظاهر فى أحكام المادة المقترحة ، وهو ما يقره الفقه الاسلامى .

(مادة ٦١٦)

اذا انقضت مدة ايجار الأرض قبل أن يدرك الزرع أوان حصاده بسبب لا يد للمستاجر فيه ، جاز للمستاجر ان يبقى بالأرض حتى يدرك الزرع ويحصده ، على أن يؤدى الأجرة المناسبة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٧ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يجوز للمستاجر ، اذا لم تنضج غلة الارض عند انتهاء الايجار بسبب لا يد له فيه ، ان يبقى بالعين المؤجرة حتى تنضج الغلة ، على ان يؤدى الأجرة المناسبة » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

وبمقتضى المادة المقترحة يترتب على عدم ادراك الزرع عند انقضاء مدة الايجار لسبب لا يد للمستاجر فيه ان يمتد الايجار بحكم القانون الى ان يدرك الزرع ويحصد . ويمتد بذات الشروط والضمانات والأجرة، ولكن للمدة اللازمة لادراك الزرع . فيدفع المستاجر للمؤجر الأجرة المسماة عن المدة التى بقى فيها الزرع بالأرض بعد انتهاءالايجار.

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٢٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٢٠ و٦٢١.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، فيما عدا ان هذا الفقه يقول بأجر المثل عن المدة الزائدة .

فقد نصت المادة ٥٢٦ من المجلة على انه « لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع ، فللمستاجر ان يبقى الزرع فى الأرض الى ادراكه ويعطى اجرة المثل » . ونصت المادة ٦٦١ من مرشد الحيران على انه « اذا مضت المدة وفى الارض شجر عليه ثمر يبقى فى يد المستاجر باجر المثل الى الادراك وان لم يرض المؤجر » . ونصت المادة ٦٦٢ من مرشد الحيران على انه » اذا مضت مدة الاجارة وبالأرض المستاجرة زرع بقل لم يدرك اوان حصادة يترك للمستاجر الزرع الى ان يدرك ويحصد » . وراجع المادة ٦٢٩ من مجلة الاحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٠٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧١٧ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦٢٤ من التقنين الكويتى .

وهذه التقنينات الثلاثة تقول بأجر المثل عن المدة الزائدة ، وفقا لما يراه الفقه الاسلامى ، ولكن رؤى فى النص المقترح ان اعتبار الأجر المسمى عن المدة الزائدة يكفل سهولة الحل من الناحية العملية ، وذلك بتوفير الاجراءات الواجب اتخاذهـا لتقدير اجر المثل ، لاسيما وان الأجر المسمى يغلب فيه ان يكون هو اجر المثل .

(مادة ٦١٧)

لا يجوز لمستاجر أن ياتى عملا يكون من شانه ان ينقص او يؤخر انتفاع من يخلفه . ويجب عليه بوجه خاص قبيل اخلاء الأرض ان يسمح لهذا الخلف بتهيئة الأرض وبذرها اذا لم يصبه ضرر من ذلك.

هذه المادة تطابق المادة ٦١٨ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٢/٨٠٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٢٥ من التقنين الكويتى .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٢٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٦٢٤ .
والسند الشرعى للمادة المقترحة هو ما يقتضيه حكمهـا من قيام تعاون بين المستأجر السابق والمستأجر اللاحق ، وهو أمر يـدعـو اليه الشرع الاسلامى .

المزارعة

(مادة ٦١٨)

يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار والحدائق مزارعة للمستاجر فى مقابل اخذ المؤجر نسبة معينة من المحصول .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٩ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يجوز ان تعطى الارض الزراعية والارض المغروسة بالاشجار مزارعة للمستاجر فى مقابل اخذ المؤجر جزءا معينا من المحصول » .

وتد اضيفت الى هذا النص عبارة « والحدائق » لكى يكون النص شاملا ، اذ أن هناك من الحدائق ما لايكون مغروسا بالاشجار . كما استبدلت عبارة « نسبة معينة » بعبارة « جزءا معينا » توخيا للدقة فى التعبير .

والمزارعة عقد ايجار يرد على ارض زراعية ، سـواء كانت ارضا خالية أو مغروسة بالأشجار او حدائق ليست مغروسـة بالأشجار . وتتميز عن الايجار العـادى للأرض الزراعية بان الأجرة فيها نسبة معينة من ذات المحصول الذى تنتجه الارض .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٠٥ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٢٣ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦٢٦ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد . فقد نصت المادة ١٤٣١ من المجلة على ان « المزارعة نوع شركة على كون الاراضى من طرف والعمل من طرف آخر ، يعنى ان الاراضى تزرع والحاصلات تقسم بينهما » . ونصت المادة ١٤٣٥ على انه « يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءا شائعا من الحاصلات كالنصف والثلث . وان لم تعين حصة او تعينت على اعطاء شىء من غير الحاصلات او على مقدار كذا مدا من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة » .

كذلك نصت المادة ٦٩٥ من مرشد الحيران على ان « المزارعة هى معاقدة على الزرع بين صاحب الارض وبين المزارع ، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التى يتفقان عليها وقت العقد » ، ونصت المادة ٦٩٩ على انه « لا تصح المزارعة الا اذا عين للعاقدين حصة شائعة من المحصول . فان شرط لاحدهما قفزان معلومة او محصول موضع معين ، او اشترط احتساب البذر من اصل المحصول او دفع الخراج الموظف من المحصول وقسمة الباقى بينهما ، فسدت المزارعة » .

(مادة ٦١٩)

تسرى أحكام الايجار على المزارعة ، مع مراعاة الأحكام الآتية ، وما ينص عليه فى قوانين خاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٦٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على ان « تسرى أحكام الايجار على المزارعة مع مراعاة الأحكام الآتية ، اذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها » .

وقد عدلت هذه المادة بأن استبدلت عبارة « وما ينص عليه فى قوانين خاصة » بعبارة « اذا لم يوجد اتفاق او عرف يخالفها » . وذلك اشارة الى قانون الاصلاح الزراعى الذى ابان بالتفصيل ما يلزم به كل من المؤجر والمستأجر ، بحيث لا يجوز الأخذ باتفاق او عرف يخالف احكامه (انظر المادتين ٣٣ مكرر (ب) و ٣٣ مكرر (د) من قانون الاصلاح الزراعى) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٧ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ٦٢٠ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٦٢٠)

١ - يوزع المحصول بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها او بالنسبة التى يعينها العرف . وفى جميع الأحوال لا يجوز ان يزيد نصيب الأجر من المحصول على الحد الذى يفرضه القانون .

٢ - فاذا هلك المحصول كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة ، تحمل الطرفان معا تبعة هذا الهلاك ، ولا يرجع أحد منهما على الآخر .

هذه المادة مستمدة من المادة ٦٢٤ من التقنين الحالى والمادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعى .

فالمادة ٦٢٤ من التقنين الحالى تنص على ما يأتى :

« ١ - توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها او بالنسبة التى يعينها العرف ، فاذا لم يوجد اتفاق او عرف كان لكل منهما نصف الغلة .

٢ - فاذا هلكت الغلة كلها او بعضها بسبب قوة قاهرة تحمل الطرفان معا تبعة هذا الهلاك ، ولا يرجع احد منهما على الآخر » .

والمادة ٣٣ من قانون الاصلاح الزراعى تنص على ما يأتى : « ... وفى حالة الايجار بطريق المزارعة لا يجوز ان يزيد نصيب المالك على النصف بعد خصم جميع المصروفات » .

وفى نطاق التطبيق الحالى لهاتين المادتين ، فان نص قانون الاصلاح الزراعى يعتبر مكملا للمادة ٦٢٤ من التقنين الحالى . حيث يوزع المحصول بين الطرفين بحسب النسبة المتفق عليها ، انما لا يجوز الاتفاق على ان تكون حصة المؤجر اكثر من النصف . فاذا لم يوجد اتفاق على النسبة التى يوزع بها المحصول ، اتبع العرف الزراعى فى تحديد هذه النسبة بشرط الا تكون حصة المؤجر اكثر من النصف . فاذا لم يوجد عرف اقتسم الطرفان المحصول مناصفة . وتعيين الحد الأقصى لحصة المؤجر بنصف المحصول يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز النزول عنه ولا الاتفاق على ما يخالفه .

وقد رؤى الا يتضمن النص المقترح حدا اقصى لنصيب المؤجر من المحصول ، لان هذا الحد عرضة للتغيير ، والاكتفاء بمراعاة الحد الذى يفرضه القانون .

فبمقتضى الفقرة الاولى من النص المقترح يوزع المحصول بين الطرفين بحسب النسبة المتفق عليها ، انما لا يجوز الاتفاق على ان تزيد حصة المؤجر على الحد الذى يفرضه القانون . فاذا لم يوجد اتفاق على النسبة التى يوزع بها المحصول ، اتبع العرف الزراعى فى تحديد هذه النسبة بشرط الا تزيد حصة المؤجر على الحد الذى يفرضه القانون . فاذا لم يوجد عرف ، اقتسم الطرفان المحصول بحسب النسبة التى يفرضها القانون .

وبمقتضى الفقرة الثانية من النص المقترح اذا هلك المحصول كله او بعضه بسبب قوة قاهرة ، فانه يهلك على الطرفين كل بمقدار حصته ، ولا يرجع أحد منهما على الآخر . وذلك سواء هلك المحصول قبل حصاده او هلك بعد الحصاد . اذ أن المحصول يعتبر ملكا شائعا بين الطرفين ، فاذا هلك فانه يهلك على مالكه ، لا فرق فى ذلك بين ان تقع الهلاك قبل الحصاد وان يقع هذا الهلاك بعد الحصاد .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٠٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٢٧ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادتين ٦٣٣ و ٦٣٤ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة ان حكمها يجرى به العرف وتنهض به اعتبارات العدالة ، وهو ما يقسره الفقه الاسلامى .

اما الفقرة الثانية فسندها الشرعى تلك القاعدة التى تقضى بانه اذا هلك الشىء بقوة قاهرة فانه يهلك على مالكه .

(مادة ٦٢١)

يشمل الايجار فى المزارعة الادوات الزراعية والمواشى التى توجد فى الارض وقت التعاقد اذا كانت مملوكة للمؤجر ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ان « الايجار فى المزارعة تدخل فيه الادوات الزراعية والمواشى التى توجد فى الارض وقت التعاقد اذا كانت مملوكة للمؤجر » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما اضيف اليها فى نهايتها ما يفيد جواز الاتفاق على خلاف حكمها ، وهو امر مقرر بلا خلاف .

وبمقتضى المادة المقترحة تعتبر الأدوات الزراعية والمواشى فى المزارعة من ملحقات الارض ، فيلتزم المؤجر بتسليمها للمستأجر ولو لم يشملها العقد . وفى هذا تختلف المزارعة عن الايجار العادى للأرض الزراعية . فهذا الايجار لا يشمل الادوات الزراعية والمواشى التى توجد فى الأرض الا اذا شرط ذلك فى العقد ، لأنها لا تعد من ملحقات الأرض .

ويشترط لاعتبار الأدوات الزراعية والمواشى فى المزارعة من ملحقات الأرض ان تكون موجودة فى الارض وقت التعاقد وان تكون مملوكة للمؤجر ، وذلك حتى يستقيم الواقع مع هذا الاعتبار .

وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ان الأدوات الزراعية والمواشى لا يشملها الايجار ، وفى هذه الحالة لا يلتزم المؤجر بتسليمها للمستأجر .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٨٠٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٢٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢/٧٢٩ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى لها ان حكمها يجرى به العرف الزراعى ، وهو ما يقسره الشرع الاسلامى .

(مادة ٦٢٢)

١ - يجب على المستاجر ان يبذل فى الزراعة وفى المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله شؤون نفسه .

٢ - وهو مسئول عما يصيب الأرض من التلف فى اثناء الانتفاع ، الا اذا اثبت انه بذل فى المحافظة عليها وفى صيانتها ما يبذله الشخص العادى .

٣ - ولا يلزم المستاجر ان يعوض ما نفق من المواشى ولا ما بلى من الأدوات الزراعية بلا خطا منه .

هذه المادة تطابق المادة ٦٢٣ من التقنين الحالى . مع استبدال عبارة « الشخص العادى » فى الفقرة الثانية بعبارة « الشخص المعتاد » .

فبمقتضى الفقرة الاولى منها يجب على المزارع ان يبذل فى الزراعة وفى المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله فى شؤون نفسه . وهذا قياسا على ما هو مقرر بالنسبة الى الشريك . فقد نصت المادة ١/٤٩٥ من المشروع على أن «على الشريك أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة ...» . ذلك ان المزارع شريك للمؤجر فى المحصول . لذلك اخذ بمعيار الشركة فيما يجب على المزارع ان يبذله من العناية فى الزراعة وفى المحافظة على الزرع ؛ حيث تعتبر الزراعة من شؤونه الخاصة .

وبمقتضى الفقرتين الثانية والثالثة يجب على المزارع ان يبذل فى المحافظة على الأرض وما يلحق بها من مواشى وادوات زراعية من العناية ما يبذله الشخص العادى . وهذا طبقا للقواعد العامة فى الايجار . فقد نصت المادة ٥٨١ من المشروع على أنه «يجب على المستأجر ان يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادى . وهو مسئول عما يصيب العين اثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك ؛ ما لم يكن هذا التلف او الهلاك ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا او راجعا الى سبب لا يد له فيه » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٣١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٦٣٠ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى يجب الضمان على المزارع اذا قصر فى سقى الأرض حتى هلك الزرع (م ٧٠٤ من مرشد الحيران) ، او ترك سقى الأرض عمدا حتى يبس الزرع (م ٧٠٥ من مرشد الحيران) ، أو أخر سقى الزرع تأخيرا غير معتاد (م ٧٠٦ من مرشد الحيران) ، او ترك حفظ الزرع حتى اكلته الدواب ، أو لم يرد الجراد حتى اكل الزرع مع امكان رده (م ٧٠٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ٦٢٣)

١ - لا ينتهى ايجار الأرض الزراعية ، نقدا او مزارعة ، بموت المؤجر ولا بموت المستاجر .

٢ - ومع ذلك فانه يشترط لانتقال الايجار الى الورثة عند وفاة المستاجر أن يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة .

٣ - ويجوز لورثة المستاجر ان يطلبوا انهاء العقد .

هـذه المادة تتفق مع المادة ٣٣ مكرر (ز) من قانون الاصلاح الزراعى (مضافة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) التى تنص على ما يأتى :

« لا ينتهى ايجار الأراضى الزراعيـة ، نقـدا أو مزارعة ، بموت المؤجر ولا بموت المستاجر . وعند وفاة المستاجر ينتقل الايجار الى ورثته بشرط ان يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة .

ويجوز لورثة المستاجر ان يطلبوا انهاء العقد » .

وتقابل المـادة ٦٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا تنقضى المزارعة بموت المؤجر ، ولكنها تنقضى بموت المستاجر » . والملحوظ فى حكم هـذه المـادة ان شخصية المزارع محل اعتبار فى العقد ، ولذلك تنقضى المزارعة بموته بحكم القانون ولو قبل انقضاء مدتها . اما موت المؤجر فلا تنقضى به المزارعة ، ويبقى المزارع ملتزما نحو الورثة يتقاسم معهم المحصول بالقدر الذى كان يتقاسمه به مع المؤجر .

ولكن قانون الاصلاح الزراعى ، جريا على خطته فى حماية الفلاحين، سـوى بين الايجار العادى للأرض الزراعية والمزارعة . ولذلك رؤى فى المـادة المقترحة الأخذ بما يقضى به هـذا القانون .

فبمقتضى المادة المقترحة يكون الاصل أن ايجار الأرض الزراعية ، سواء كان ايجارا عاديا او كان بطريق المزارعة ، لاينتهى بموت المؤجر ولابموت المستاجر . غير انهيشترط لانتقال الايجار الى الورثة عندموت المستاجر أن يكون من بينهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة . وهذا الشرط يتسق مع وجوب ان يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه . فاذا لم يوجد من الورثة من تكون حرفته الأساسية الزراعة ، فان العقد ينتهى بموت المستأجر .

ويجوز لورثة المسـتاجر ان يطلبوا انهاء العقد . فقد تكون اعباء العقد اثقل من ان تتحملها مـواردهم ، أو تكون بحيث تجاوز حدود قدرتهم ، أو نحو ذلك من الأسباب التى تدعوهم الى طلب انهاء العقد .

ويلحق بموت المستاجر ان يصبح عاجزا عن زراعة الأرض ، لمرض او اعتقال أو نحو ذلك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٧ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المـادة ٦٢٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٨١٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٣٤ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى ، طبقـا للمـذهب الحنفى ، ينتهى ايجـار الأرض الزراعية بموت المؤجر ، كمـا ينتهى بموت المستأجر . فقد نصت المادة ١٤٤٠ من المجلة على انه « اذا مات صاحب الارض والزرع اخضر ، فالفلاح يداوم على العمل الى أن يدرك الزرع ، ولايسوغ لورثة المتوفى منعه . واذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ، وان شاء داوم على العمل الى ان يدرك الزرع ، ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه » . وفى هذا المعنى ايضا المادتان ٧٠٩ و٧١٠ من مرشد الحيران .

أما الفقه الحنبلى فيرى أن الاجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ولا بموت المستاجر (م ٥٤٧ من مجلة الأحكام الشرعية) .

(مادة ٦٢٤)

١ - اذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها ، وجب على المؤجر ان يرد للمستاجر أو لورثته ما انفقه المستاجر على المحصول الذى لم يتم نضجه مع تعويض عادل عما قام به المستاجر من العمل .

٢ - ومع ذلك اذا انتهت المزارعة بموت المسـتاجر ، جاز لورثته عوضا عن استعمال حقهم فى استرداد النفقات المتقدم ذكرها أن يحلوا محل مورثهم حتى ينضج المحصول ماداموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضى .

٣ - كل هذا ما لم يكن هناك نص يقضى بغيره .

الفقرتان الاولى والثانية من هذه المـادة تطابقان المـادة ٦٢٧ من التقنين الحالى . وقد أضيفت الفقرة الثالثـة فى المـادة المقترحة لتواجه الوضع الحالى طبقا لقانون الاصلاح الزراعى .

والمزارعة قد تنتهى قبل انقضاء مدتها لسبب يرجع الى المؤجر ، كان يخل بالتزاماته فيطلب المزارع الفسخ مع التعويض .

وقد يكون هذا الانقضاء لسبب يرجع الى المستاجر ، كان يخل هذا بالتزاماته أو يموت أو يعجز عن الزراعة .

فاذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها لاى سبب ، وجب تصفية الحساب بين الطرفين على الوجه المبين فى الفقرة الأولى من المـادة المقترحة .

غير انه فى حالة انتهاء المزارعة بموت المزارع ، يجوز للورثة بدلا من ان يستردوا النفقات والأجر العادل بمقتضى الفقرة الاولى ، أن يطلبوا الحلول محـل مورثهم فيسـتمروا فى الزراعة حتى ينضج المحصول ماداموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضى .

ولا ينطبق من هذه الأحكام ما يخالفه نص خاص يقضى بغيره .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٤٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص ٦٤٤ و ٦٤٥ .

وقد عرض الفقه الاسلامى لحالة انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها بسبب موت المؤجر او بسبب موت المزارع . فنصت المـادة ١٤٤٠ من

المجلة على أنه « اذا مات صاحب الارض والزرع اخضر ، فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع ، ولايسوغ لورثة المتوفى منعه . فاذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامة ، وان شاء داوم على العمل الى ان يدرك الزرع ، ولايسوغ لصاحب الارض منعه » وفى هذا المعنى ايضا المادتان ٧٠٩ و ٧١٠ من مرشد الحيران .

كما عرض الفقه الاسلامى لحالة انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها بسبب استحقاق الارض . انظر فى هذا المواد ٧١١ — ٧١٣ من مرشد الحيران .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٣٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٨١٣ من التقنين العراقى .

(مادة ٦٢٥)

الاحكام المتعلقة بايجار الاراضى الزراعية ، والمزارعة ، التى لم يرد ذكرها فى هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة .

هذه المادة مستحدثة .

وعلة ورودها ان الاحكام المنصوص عليها فى هذا الفرع ليست الا احكاما عامة لعقد ايجار الارض الزراعية ، والمزارعة ، بل انها ليست كل الاحكام العامة . ويبقى بعد ذلك فريق من هذه الاحكام ، وكذلك الاحكام الخاصة التفصيلية التى لا يتسع لها التقنين المدنى ، وهذه يتكفل بها قانون الاصلاح الزراعى .

ايجار الوقف :

(مادة ٦٢٦)

١ ــ للناظر ولاية اجارة الوقف .

٢ ــ فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق ، الا اذا كان متوليا من قبل الواقف ، او ماذونا ممن له ولاية الايجار من ناظر اوقاض .

هذه المادة تطابق المادة ٦٢٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٣٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادتين ١/٧٤٩ و ٧٥١ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية لنصوص ايجار الوقف فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٦٦١ — ٦٦٣ .

والمادة المقترحة ماخوذة من الفقه الاسلامى . فهى تطابق المادة ٦٦٤ من مرشد الحيران ، والمادة ٢٧١ من قانون العدل والانصاف .

(مادة ٦٢٧)

ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه ، الا ان اذن له الناظر فى قبضها .

هذه المادة تطابق المادة ٦٢٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٤٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٧٥١ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية لنصوص ايجار الوقف فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٦٦١ — ٦٦٣ .

والمادة المقترحة ماخوذة من الفقه الاسلامى . فهى تطابق المادة ٦٦٥ من مرشد الحيران ، والمادة ٢٧٢ من قانون العدل والانصاف .

(مادة ٦٢٨)

١ ــ لا يجوز للناظر ان يستاجر الوقف ولو باجر المثل .

٢ ــ ويجوز له أن يؤجر الوقف لاصوله وفروعه ، على ان يكون ذلك باجر المثل .

هذه المادة تطابق المادة ٦٣٠ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٧٥٠ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٤١ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية لنصوص ايجار الوقف فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٦٦١ — ٦٦٣ .

والمادة المقترحة ماخوذة من الفقه الاسلامى . فهذا الفقه يميز بين فريقين من الأشخاص .

الفريق الاول ناظر الوقف نفسه أو ولده الذى هو فى ولايته . فهذا ليس له أن يستاجر الوقف ولو بأجر المثل ، بل ولو باكثر من أجر المثل . ويعللون ذلك بأن الناظر هو المؤجر ، فلو جاز له أستئجار الوقف لكان مستاجرا من نفسه ، فعلقت به التهمة . والواحد لا يتولى طرفى العقد الا فى مسائل مخصوصة ، وليست هذه منها . ولهذا او قبل الاجارة من القاضى صحت لانتفاء ماذكر (محمد زيد : مباحث الوقف ص ٦٤ · أحمد ابراهيم ، أحكام الوقف ص ١١٥) .

اما لو استاجر الناظر اعيان الوقف من نفسه ، لا من القاضى ، فان الايجار يكون باطلا ، ويجبر على الاخلاء مع دفع اجر المثل عن المدة التى بقى فيها باعيان الوقف مع التعويض ان كان له مقتض ، وكذلك يجوز عزله من النظارة على الوقف .

والفريق الثانى أصول ناظر الوقف وفروعه . وهولاء يجوز لهم استئجار الوقف من الناظر ، بشرط أن يدفعوا اجر المثل ، فلا يجوز

الغبن اليسير ، وذلك نفيا للتهمة . وهـذا هو قول الصـاحبين الذى اخذ به فى النص المقترح . أما الامام ابو حنيفة فيقول بوجوب ان تكون الأجـرة اكثر من أجر المثل (احمد ابراهيم ، أحكـام الوقف ص ١١٦) .

أما الاقارب من غير الأصول والفروع ، فتصح الاجارة لهم . كما تصح لغير الأقارب ، ان كانت بأجر المثل او بغبن يسير .

(انظر فى هـذا : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٦ المجلد الثانى فقرة ٧٨٦) .

(مادة ٦٢٩)

١ – لا تصح اجارة الوقف باقل من أجر المثل الا بغبن يسير ، ولو كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف .

٢ – واذا أجر الناظر الوقف بالغبن الفاحش ، وجب على المستاجر تكملة الأجرة الى اجر المثل ، والا فسخ العقد .

الفقرة الاولى من هذه المـادة تقابل المـادة ٦٣١ من التقنين الحالى التى تنص على انه « لا تصح اجارة الوقف بالغبن الفاحش الا اذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الـوقف ، فتجوز اجارته بالغبن الفاحش فى حق نفسه لا فى حق من يليه من المستحقين » .

وقد كانت الفقرة الاولى من المـادة ٨٤٥ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تأخذ بعكس هذا الحكم ، فكانت تنص على انه « لاتصح اجارة الوقف باقل من اربعة أخماس أجر المثل ، ولو كان المؤجر هو المستحق الذى له ولاية التصرف فى الوقف ، هذا مع عدم الاخلال بالقيد بالفقرة الثانية من المـادة ٨٤٣ » .

وهذا النص هو الذى يتفق مع حكم الشريعة الاسلامية . فقـد نصت المـادة ٦٧١ من مرشد الحيران على انه « لا تصح اجارة الوقف باقل من اجر المثل الا بغبن يسـير ، ولو كان المؤجر هو المسـتحق الذى له ولاية التصرف فى الوقف » . ونصت المـادة ٢٧٨ من قانون العدل والانصاف على أنه « لا تصح اجارة الوقف بأقل من أجر المثل الأ بغبن يسير لا يتجاوز الخمس ، ولو كان المؤجر هو المستحق الذى له ولاية التصرف فى الوقف » .

ولهذا رؤى عدم الأخذ بحكم المـادة ٦٣١ من التقنيـن الحـالى والرجوع الى حكم الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، وهو ما تقضى به الفقرة الأولى من المـادة المقترحة .

فبمقتضى الفقرة الأولى من المـادة المقترحة لا تجوز اجارة الوقف بأقل من اجر المثل الا بغبن يسير ، أيا كانت صفة المؤجر ، وحتى لو كان هو المستحق الوحيد الذى له ولايـة التصرف فى الوقف . والغبن الفاحش فى الشريعة الاسلامية هو ما يزيد على الخمس (احمد ابراهيم ، احكام الوقف ص ١٣٦) .

أما الفقرة الثانية من المـادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المـادة ٦٣٢ من التقنين الحالى . وقد جاء وضع هذه الفقرة الاخيرة نتيجة لخطا مادى فى نقل النصوص ، اذ انها يجب ان تكون الفقرة الثانية من المـادة ٦٣١ من التقنين الحالى .

فبمقتضى الفقرة الثانية من المـادة المقترحة ، اذا اجر الناظر بالغبن الفاحش : فلا يكون العقد باطلا ، وانما يطلب الناظر من المسـتاجر تكملة الاجرة الى اجر المثل ، ولا يكفى أن يكمل الأجرة الى اربعـة اخماس اجر المثل (احمد ابراهيم ، احكام الوقف والمواريث ص ١٣٧). فاذا رفض المستأجر ذلك ، جاز للناظر طلب فسخ العقد . ويتفق هذا مع حكم الشريعة الاسلامية . فقد نصت المـادة ٦٧٢ من مرشد الحيران على انه « اذا أجر المتولى الوقف بغبن فاحش لا يدخـل تحت التقويم نقصا فى اجر المثل ، فالاجارة فاسدة ، ويلزم المستاجر اتمام اجر المثل ودفع ما نقص منه فى المدة المـاضية من حين العقد » . ونصت المـادة ٢٧٩ من قانون العدل والانصاف على انه «اذا اجـر المتولى الوقف بغبن فاحش يتجـاوز الخمس نقصـا فى اجر المثل فالاجارة فاسدة ، ويلزم المستاجر اتمام اجر المثل ودفع ما نقص منه فى المدة المـاضية من حين العقد » .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ١/٧٥٤ من التقنين الأردنى . والفقرة الأولى منها تقـابل المـادة ٦٤٢ من التقنين الكويتى التى تطابق المـادة ٦٣١ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٦٣٠)

فى اجارة الوقف تكون العبرة فى تقدير أجر المثل بالوقت الذى ابرم فيه عقد الايجار ، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك .

هذه المـادة تطابق الفقرة الاولى من المـادة ٦٣٢ من التقنين الحالى. وتطابق المـادة ٦٤٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المـادة ٢/٧٥٤ من التقنين الاردنى .

وبمقتضاها فان تقدير اجر المثل لمعرفة ما اذا كان فى الأجرة غبن فاحش أو غبن يسير انما يكون وقت ابرام عقد الايجار ، ولا يعتـد بما يطرأ على اجر المثل بعد ذلك من نقص او زيادة .

وهذا الحكم يتفق مع رأى مرجوح فى الشريعة الاسلامية مراعـاة للاسـتقرار .

فالراجح فى الشريعة الاسلامية ان النقص الذى يطرا على اجـر المثل لا يعتد به ، أما الزيادة فيعتد بها مراعاة لمصلحة الوقف ، ويخير المستاجر بين قبول الزيادة او فسخ العقـد . ففى خصوص النقص الذى يطرا على اجر المثل نصت المـادة ٦٧٣ من مرشد الحيران على انه « اذا اجر المتولى دار الوقف أو ارضه مدة معلومة فنقص اجـر المثل قبل انتهائها عما كان وقت العقد ، فلا ينقص شىء من الاجـر

المسمى ولا يفسخ العقد » . وتطابقها فى هذا المعنى المادة ٢٨٠ من قانون العدل والانصاف . وفى خصوص الزيادة التى تطرأ على اجر المثل نصت المادة ٦٧٤ من مرشد الحيران على انه « اذا زاد اجر المثل فى نفسه لكثرة الرغبات العمومية فيه لا لتعنت فى اثناء مدة الاجارة زيادة فاحشة ، تعرض على المستأجر ، فان رضيها فهو اولى من غيره ويعقد معه عقد ثان بالاجرة الثانية من حين قبولها الى تمام مدة الاجارة ، ولا يلزمه الا المسمى عن المدة الماضية » . وتطابقها فى هذا المعنى المادة ٢٨١ من قانون العدل والانصاف . ونصت المادة ٦٧٥ من مرشد الحيران على انه « اذا لم يقبل المستأجر الزيادة المعتبرة العارضة فى اثناء مدة الاجارة ، يفسخ العقد ويؤجر لغيره ، مالم تكن العين المستأجرة مشغولة بزراعته ؛ فان كانت كذلك يتربص الى ان يستحصد الزرع ، وتضاف عليه الزيادة من وقتها الى حصاد الزرع وفسخ العقد » . وتطابقها فى هذا المعنى المادة ٢٨٢ من قانون العدل والانصاف .

ولكن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية يرون عدم مراعاة الزيادة التى تطرأ على اجر المثل ، لاننا لم نراع النقص لمصلحة المستأجر فلا يجب ان نراعى الزيادة لمصلحة الوقف؛ ولان اجر المثل انما يعتبر وقت العقد لا بعده ، ولان المستأجر ملك المنفعة فى وقت محدود وبأجر مخصوص فلا يبطل حقه (محمد زيد : مباحث الوقف ص ٩١ . احمد ابراهيم : احكام الوقف والمواريث سنة ١٩٣٨ ص ١٣٩ هامش ١) .

وهذا هو الراى الذى يتفق مع حكم النص المقترح .

(مادة ٦٣١)

١ - لايجوز للناظر ، بغير اذن القاضى ، ان يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين ولو كان ذلك بعقود مترادفة ، فاذا عقدت الاجارة لمدة اطول انقصت الى ثلاث سنين .

٢ - ومع ذلك اذا كان الناظر هو الواقف او المستحق الوحيد ، جاز له ان يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة الى اذن القاضى ، وهذا دون اخلال بحق الناظر الذى يخلفه فى طلب انقاص المدة الى ثلاث سنين .

٣ - كل هذا مالم يكن هناك نص يقضى بغيره .

الفقرتان الاولى والثانية من هذه المادة تطابقان المادة ٦٣٣ من التقنين الحالى .

وقد اضيفت الفقرة الثالثة فى المادة المقترحة مراعاة لما يقضى به قانون ايجار الاماكن وقانون الاصلاح الزراعى من حيث امتداد الايجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته الاصلية .

فبمقتضى المادة المقترحة لا يجوز للناظر ايجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين ، سواء كانت العين المؤجرة من المبانى او من الاراضى الزراعية . ويستوى ان يكون ذلك بعقد واحد او بعقود مترادفة . فاذا اجر الناظر الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين ، لا يكون العقد باطلا ، ولكن تنقص مدته الى ثلاث سنين .

ويستثنى من ذلك حالتان يجوز فيهما ايجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين :

الاولى اذا اذن القاضى للناظر فى ذلك . ويأذن القاضى اذا وجد مسوغ الاذن ؛ كما لو كانت العين الموقوفة مخربة ، ولا يجد الناظر من يصلحها ويعمرها الا بشرط استئجارها لمدة طويلة . وقد نصت المادة ٦٧٠ من مرشد الحيران فى هذا المعنى على انه « لا يجوز لغير اضطرار اجارة دار الوقف او ارضه اجارة طويلة ولو بعقود مترادفة ، فان اضطر الى ذلك لحاجة عمارة الوقف بان تخرب ولم يكن له ريع يعمر به ، جاز لهذه الضرورة اجارتها باذن القاضى مدة طويلة يقدرها تعمر به » . وتطابقها فى هذا المعنى المادة ٢٧٧ من قانون العدل والانصاف .

والثانية اذا كان الناظر هو الواقف او المستحق الوحيد ؛ حيث يجوز له ان يؤجر اعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة الى اذن القاضى . وفى الشريعة الاسلامية يجوز للواقف ان يؤجر اعيان وقفه اكثر من ثلاث سنين ، بل له ان يعين مدة اجارة وقفه فى كتاب الوقف (م ٦٦٦ من مرشد الحيران وم ٢٧٣ من قانون العدل والانصاف . ابن عابدين فى رد المحتار على الدر المختار ج٣ ص٦١٤ و ٦١٥ طبعة اميرية ١٢٨٦ : فتوى شرعية فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ ، المحاماه ص ١٦٨) .

واذا كان ناظر الوقف هو المستحق الوحيد ، ومات قبل ان ينتهى الايجار ؛ كان للناظر الذى يليه ان يطالب انقاص المدة الى ثلاث سنين مراعاة لحق المستحقين التالين .

ويراعى فى كل ما تقدم احكام قانون ايجار الاماكن وقانون الاصلاح الزراعى من حيث امتداد الايجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته الأصلية

والشريعة الاسلامية تفرق بين ما اذا كانت العين الموقوفة من المبانى او من الاراضى . والقول المعتمد الا تزيد مدة الاجارة على سنة فى الدار والحانوت ، وعلى ثلاث سنين فى الاراضى ، الا اذا كانت المصلحة تقتضى الزيادة فى اجارة الدار والحانوت او النقص فى اجارة الارض . فقد نصت المادة ٦٦٩ من مرشد الحيران على انه « اذا اهمل الواقف تعيين مدة الاجارة فى الوقفية ، تؤجر الدار او الحانوت سنة والارض ثلاث سنين ، الا اذا كانت المصلحة تقتضى الزيادة فى اجارة الدار والحانوت او النقص فى اجارة الأرض » . وتطابقها فى هذا المعنى المادة ٢٧٦ من قانون العدل والانصاف .

والمادة المقترحة تطابق فى فقرتيها الأولى والثانية المادة ٦٤٦ من التقين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٥٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ٦٣٢)

تسرى احكام عقد الايجار على اجارة الوقف فيما لا يتعارض مع النصوص السابقة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٣٤ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « تسرى أحكام عقد الايجار على أجازة الوقف الا اذا تعرضت مع النصوص السابقة » .

وتتفق مع المادة ٧٥٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٤٨ من التقنين الكويتى .

ففيما عدا الاحكام التى يختص بها ايجار الوقف ، تسرى على هذا الايجار الاحكام العامة لعقد الايجار .

الفصل الثانى

العارية

(١) أركان العارية .

(مادة ٦٣٣)

العارية عقد يستعمل المستعير بمقتضاه شيئا غير قابل للاستهلاك مدة معينة أو فى غرض معين دون عوض .

هذه المادة تقابل المادة ٦٣٥ من التقنين الحالى التى تنص على ان « العارية عقد يلتزم به المعير ان يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على ان يرده بعد الاستعمال » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف العارية بالتزام يقع على عاتق المعير . مع ان الالتزام اثر للعقد . ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه ، كما سبق القول . والعملية القانونية المقصودة من العارية هى استعمال المستعير الشىء المعار ، اى حصوله على المنفعة التى ترجى من الشىء باستعماله . حيث يرتب عقد العارية التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهى الشىء المعار والمدة او الغرض الذى يستعمل فيه الشىء وانتفاء العوض .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٧٦٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ان « الاعارة تمليك الغير منفعة شىء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » .

وتقابل المادة ٨٤٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٤٩ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٦٣٥ من التقنين المصرى الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٦٦ و ٦٦٧ .

وفى الفقه الاسلامى فان المادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع ما يقرره هذا الفقه . فقد نصت المادة ٧٥٦ من مرشد الحيران على ان « الاعارة هى تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض » . ونصت المادة ٣٧٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « العارية هى تمليك المنافع بغير عوض » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧٦٧ . فتح القدير ج ٧ ص ١٠٠) . ونصت المادة ٢٠٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « الاعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو عمل بلا عوض بما يدل عليه لفة او عرفا ، والعارية هى الشىء الذى ملكت منفعته مدة مؤقتة بلا عوض » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٢٥ ، والشرح الكبير وحاشيته ج٣ ص٣٩١) ونصت المادة ١٢٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على أن « الاعارة اباحة منفعة العين بلا عوض ويطلق عليها العارية أيضا » .

(٢) آثار العارية .

١ - التزامات المعير

(مادة ٦٣٤)

يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت العقد ، وأن يتركه للمستعير طوال مدة العارية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المعير ان يسلم المستعير الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية ، وان يتركه للمستعير طوال مدة العقد » .

وقد ادخل على هذا النص تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

فبمقتضى المادة المقترحة يلتزم المعير ان يسلم المستعير الشىء المعار . ذلك ان العارية عقد رضائى لا عينى ، فيكون التسليم التزاما فى ذمة المعير وليس ركنا فى العقد . وتسرى على التزام المعير بتسليم الشىء المعار قواعد التسليم بوجه عام ، وفقا لما هو مقرر فى التزام البائع بتسليم الشىء المبيع ، والتزام المقرض بتسليم الشىء المقترض ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة .

ويسلم الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت العقد . وهذا على خلاف الايجار ، حيث يلتزم المؤجر بتسليم العين فى حالة صالحة للانتفاع المقصود . وسبب هذا الاختلاف ان الايجار عقد معاوضة حيث يدفع المستاجر مقابلا للانتفاع ، بينما العارية عقد تبرع لا يدفع المستعير فيها مقابلا للاستعمال .

كذلك يلتزم المعير بأن يترك الشيء المعار للمستعير طول مدة العارية، فلا يجوز له ان يطالبه برده قبل انقضاء هذه المدة الا فى الحالات التى يجيز فيها القانون طلب الرد .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٦٨ و ٦٦٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٥٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٦١ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « تتم الاعارة بقبض الشيء المعار ولا اثر لها قبل القبض » .

وتقابل ما جاء فى نهاية المادة ٨٤٧ من التقنين العراقى التى تنص على انه « لاتتم الاعارة الا بالقبض » . وكذلك المادة ٨٤٨ التى تنص على أن « يلتزم المعير بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار اثناء الاعارة وليس له أن يطلب أجرة بعد الانتفاع » .

فالعارية فى التقنين العراقى ، وكذلك التقنين الاردنى ، عقد عينى، حيث لايكون التسليم التزاما فى ذمة المعير بل هو ركن فى العارية لا تنعقد بدونه .

وفى الفقه الاسلامى تنعقد العارية بالايجاب والقبول ، فهى من هذه الناحية عقد رضائى ، ولكن حكمها لا يترتب الا بالقبض .

ففى المذهب الحنفى نصت المادة ٨٠٤ من المجلة على ان « الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى .. » . ونصت المادة ٨١٠ على أن « القبض شرط فى العارية ، فلا حكم لها قبل القبض » . ونصت المادة ٣٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتى : « تنعقد العارية بالايجاب والقبول ، ويتحقق القبول ولو فعلا » (حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٧٦٧ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٤٦) .

وفى المذهب الحنبلى نصت المادة ١٢٨٦ من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتى : « تنعقد الاعارة بايجاب وقبول من الطرفين برضاهما » .

(مادة ٦٣٥)

١ - اذا انفق المستعير مصروفات ضرورية لحفظ الشيء المعار من الهلاك ، التزم المعير ان يرد اليه ما انفقه .

٢ - اما المصروفات النافعة فتسرى عليهـا الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشيء وهو سيىء النية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٣٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا اضطر المستعير الى الانفاق للمحافظة على الشيء اثناء العارية ، التزم المعير أن يرد اليه ما انفقه من المصروفات .

٢ - أما المصروفات النافعة فتتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشيء وهو سيىء النية » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٤٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٥١ من التقنين الكويتى .

ولا يفرق الفقه الاسلامى بين المصروفات الضرورية لحفظ الشيء المعار من الهلاك ، والمصروفات النافعة ، والمصروفات التى يقتضيها استعمال الشيء المعار او صيانته المعتادة ، فيجعلها كلها على المستعير . فقد نصت المادة ٨١٥ من المجلة على ان « نفقة المستعار على المستعير . بناء عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن » . ونصت المادة ٧٧٦ من مرشد الحيران على ان «مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير» . ونصت المادة ٣٨٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أن « تكون النفقة التى تقيم اود المعار على المستعير » (حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٧٦٨) . ونصت المادة ٢٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « ما تحتاج اليه العارية من مؤونة اخذها من المعير ومؤونة ردها اليه ونفقتها فى مدة الاعارة يكون على المستعير » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٢٩) .

(مادة ٦٣٦)

١ - لا يضمن المعير استحقاق الشيء المعار ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق .

٢ - ولا يضمن كذلك خلو الشيء من العيوب . غير انه اذا تعمد اخفاء العيب ، او ضمن خلو الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن الضرر الذى يسببه العيب .

وهذه المادة تقابل المادة ٦٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لا ضمان على المعير فى استحقاق الشىء المعار ، الا ان يكون هنـاك اتفاق على الضمان ، أو ان يكون المعير قد تعمد اخفاء سبب الاسـتحقاق .

٢ – ولا ضمان عليـه كذلك فى العيوب الخفية ، غير أنه اذا تعمد اخفاء العيب أو اذا ضمن سـلامة الشىء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك » .

وقد ادخلت على هذه المـادة تعديلات لفظية على النحـو الوارد فى المـادة المقترحة .

كما حذفت من الفقرة الأولى العبارة التى تقول : « الا ان يكون هناك اتفاق على الضمان » . وذلك لعدم جواز الاتفاق على تعـديل احكام ضمان الاستحقاق ، لان هـذا ينافى مقتضى العقـد كما سبق القول (انظر المـادة ٤١٣ من المشروع ومذكرتها الايضاحية فى البيع ، وكذلك المـادة ٤٦٦ من المشروع ومذكرتها الايضاحية فى الهبة) .

وحكم المـادة المقترحة يتفق مع ما هو مقرر فى الهبة ، فكلاهمـا عقد تبرع . فلا يضمن المعير الاستحقاق الا اذا تعمد اخفـاء سببه . ولا يضمن العيوب الخفية ، غير انه اذا تعمد اخفاء العيب أو ضمن خلو الشىء منه ، لزمه تعويض المستعير عن الضرر الذى يسببه العيب .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٨٥٠ من التقنين العراقى التى تتفق مع المـادة ٦٣٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقـابل المـادة ٦٥٢ من التقنين الكويتى التى تتفق مـع المـادة المـادة ٦٣٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المـادة ٦٥٨ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المـادة ٦٣٨ من التقنين المصرى الحالى .

وفى نطاق الفقه الاسلامى يمكن ان يقاس حكم المـادة المقترحة فيما يتعلق بالعارية على ما هو مقرر فى الهبة ، فكلاهما عقـد تبرع . فكما أن الواهب لا يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية : فكذلك المعير . اما الحالات المسـتثناه فسندها القواعد العـامة فى الضمان (انظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ من المشروع) .

(ب) التزامات المستعير

(مادة ٧)

١ – ليس للمستعير ان يستعمل الشىء المعار الا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك وفقا لمـا يبينه العقـد او تقبله طبيعة الشىء او يعينه العرف .

٢ – ولا يكون مسئولا عما يلحق الشىء من تغيير او تلف بسبب الاستعمال الذى تخوله العارية .

هذه المـادة تتفق مع ما جاء فى المـادة ٦٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ليس للمستعير ان يستعمل الشىء المعار الا على الوجـه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقا لمـا يبينه العقد او تقبله طبيعـة الشىء أو يعينه العرف ؛ ولا يجـوز له دين اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

٢ – ولا يكون مسئولا عما يلحق الشىء من تغيير او تلف يسببه الاستعمال الذى تبيحه العارية » .

وقد ادخلت على هـذه المـادة تعديلات لفظية طفيفة على النحو الوارد فى المـادة المقترحة . كما حذفت منهـا العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، بغية افراد مادة مستقلة لبيان حكمها .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧٦ .

والمـادة المقترحة تتفق مع المواد ٨٥١ و ٨٥٢ و ٨٥٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المـادتين ٧٧٢ و ١/٧٧٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المـادة ٦٥٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مايقررة الفقة الأسلامى فى هذا الصدد :

ففيما يتعلق بحكم الفقرة الأولى من المـادة المقترحة نصت المـادة ٨١٦ من المجلة على انه « اذا كانت الاعارة مطلقة ، اى لم يقيدها المعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية فى اى مكان وزمان شاء على الوجه الذى يريده ، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة ... » .

وفى هذا المعنى ايضا المـادة ٧٦٠ من مرشد الحيران .

ونصت المـادة ٨١٧ من المجلة على انه « اذا كانت الاعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته .. » .

وفى هذا المعنى ايضا المـادة ٧٦١ من مرشد الحيران .

ونصت المـادة ٨١٨ من المجلة على انه « اذا قيدت الاعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه . لكن له ان يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذى قيدت به او بنوع اخف منـه ... » .

وفى هذا المعنى ايضا المـادة ٧٦١ من مرشد الحيران .

وكذلك المـادة ٣٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلاميـة على

ونصت المـادة ٢٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامـام مـالك على انـه « اذا استعمل المستعير العـاريـة بغير اذن المعير فى ازيـد مما اعيرت لاجلـه فـان هلكت بهـذا الزائـد ضمن قيمتها ، وان تعيبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب او أجرة الزائد ، وان سلمت من الهلاك والتعييب فعليه أجرة الزائد (الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٤٣٣ ومابعدها . بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٤) .

ونصت المـادة ١٢٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على انه « لا يشترط تعيين نوع الانتفاع فى الاعارة ، فلو اعاره من غير تعيين كان للمستعير

الانتفاع بالمعروف على الوجه المعتاد فى المعار » . ونصت المادة ١٢٩٣ على انه « كما تصح الاعارة مطلقة من غير توقيت يصح توقيتها بمدة معلومة » . ونصت المادة ١٢٩٥ على انه « اذا اشترط المعير انتفاع المستعير على وجه خاص صح الشرط ، وليس للمستعير ان ينتفع بغير ذلك الوجه ... » .

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة نصت المادة ٧٧٣ من مرشد الحيران على انه « اذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان اذا استعملها استعمالاً معهودا معروفا ، وانما يضمنه باستعمالة فوق المعتاد » .

ونصت المادة ١٣١٢ من مجلة الاحكام الشرعية على انه « لا ضمان على المستعير اذا تلفت العارية او بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التى ابيحت له نصا او عرفا ، اما لو تلفت بفعل غير ماذون ... كان متعديا ضامنا » .

(مادة ٦٣٨)

لا يجوز للمستعير ان يعير الشيء المعار او يؤجره او يرهنه او ينزل عن استعماله لشخص آخر ، الا باذن من المعير .

هذه المادة تتفق مع العبارة التى جاءت فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ من التقنين الحالى . حيث تقول : « ولا يجوز له (المستعير) دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

فبمقتضى المادة المقترحة لا يجوز للمستعير ان يبرم تصرفا يرتب للغير حقا فى منفعة الشيء المعار او فى عينه باعارة او اجارة أو رهن او نزول عن الاستعمال ، الا باذن من المعير . فان فعل ذلك دون اذن، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض . ذلك ان العارية تبرع تراعى فيه عادة شخصية المستعير .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٧٤ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦٥٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٨٥٣ و ٨٥٥ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها بدون اذن المعير (م ٨٢٣ من المجلة وم ٧٦٧ من مرشد الحيران وم ٣٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة وم ١٣١٤ من مجلة الاحكام الشرعية) . واذا اطلق المعير الاذن بالانتفاع ولم يعين منتفعا جاز للمستعير ان ينتفع بنفسه بالعين المستعارة وان يعيرها لمن شاء . واذا قيدها المعير وعين منتفعا يعتبر تعيينه فيما يختلف باختلاف المستعمل فلا يملك المستعير اعارتها لغيره ، ولا يعتبر تعيينه فيما لايختلف باختلاف المستعمل فيملك المستعير اعارتها لغيره (م ٧٦٢ من مرشد الحيران و م ٨١٩ و ٨٢٠ من المجلة) . انظر مع ذلك م ١٣١٣ من مجلة الاحكام الشرعية ، وقد جاء فيها ان « ليس للمستعير اعارة العارية بلا اذن المالك .. » .

(مادة ٦٣٩)

١ - يتحمل المستعير المصروفات التى يقتضيها استعمال الشيء المعار ، أو تكون لازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة .

٢ - وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه اليه ، على أن يعيده الى حالته الأصلية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على ماياتى :

« ١ - اذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير ، فليس له استردادها . وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتاده .

٢ - وله ان ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد اضافة اليه ، على ان يعيد الشيء الى حالته الأصلية » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧٨ و ٦٧٩ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تقابل المادة ٨٥٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٧١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٥٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٧٦ من مرشد الحيران على ان «مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير » . ونصت المادة ٨١٥ من المجلة على أن « نفقة المستعار على المستعير .. » . ونصت المادة ٣٨٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه على ان « تكون النفقه التى تقيم اود المعار على المستعير » . ونصت المادة ٢٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الأسلامية على مذهب الامام مالك على أن « ماتحتاج اليه العارية من مؤونة أخذها من المعير ومؤونة ردها اليه ونفقتها فى مدة الاعارة تكون على المستعير « (الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٢٢٩) .

(مادة ٦٤٠)

١ - على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشيء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الشخص العادى .

٢ – وفى كل حال يكون ضامنا لهلاك الشىء اذا نشأ الهلاك عن قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شىء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشىء المعار فاختار ان ينقذ ملكه .

٣ – ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام .

هذه المادة تقابل المادة ٦٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ – على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد .

٢ – وفى كل حال يكون ضامنا لهلاك الشىء اذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجىء أو قوة قاهرة وكان فى وسعه ان يتحاشاه باستعمال شىء من ملكة الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشىء المعار فاختار ان ينقذ ملكه .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – ادخلت على الفقرة الاولى منها تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ – حذفت من الفقرة الثانية عبارة «حادث مفاجىء» لان هذا الحادث يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، ولم يعد الفقه يفرق بين الامرين .

٣ – اضيفت فقرة ثالثة تقضى ببطلان الاتفاق على ما يخالف الاحكام الواردة فى الفقرتين الأولى والثانية . حيث اخذ بعكس الحكم المستقر فقها والذى يقضى بأن القواعد فى مسئولية المستعير لاتتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على مايخالفها . فبمقتضى الفقرة المضافة لايجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المستعير بحيث يكون مسئولا حتى عن الهلاك بقوة قاهرة فى غير الفرضين المذكورين فى الفقرة الثانية . ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية بحيث لا يكون مسئولا اذا وقع الهلاك بقوة قاهرة ولو فى الفرضين المذكورين ، أولا يكون مسئولا حتى عن تقصيره . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، اذ أن مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨١ و ٦٨٢ .

فالتزام المستعير فى هذا الصدد التزام ببذل عناية . حيث يكون عليه ان يبذل فى المحافظة على الشىء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الشخص العادى .

ومن ثم يكون مسئولا عن هلاك الشىء المعار أو تلفه أو تعيبه ، الا اذا اثبت انه بذل فى المحافظة عليه هذا القدر من العناية . فان قصر فى ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف .

والقاعدة أن المدين لايسأل عن القوة القاهرة ، سواء فى العارية وفى غيرها من العقود . ولكن القانون أورد فى العارية استثناء لهذه القاعدة اراد فيه التشدد فى مسئولية المستعير باعتبار ان العارية عقد تبرع ، وذلك فى الفرضين المذكورين فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الاحكام كما سبق القول .

وفى الفقه الاسلامى يرى الشافعية والحنفية والمالكية أن العارية امانة فى يد المستعير ، ومن ثم لا يضمن المستعير العارية الا بالتعدى عليها أو التقصير فى المحافظة عليها . ذلك أن مسئولية الشخص عما فى حيازته من مال مملوك للغير تختلف بحسب ما اذا كانت يده يد امانة او يد ضمان ، فان كانت الاولى كما هو الشأن بالنسبة الى المستعير فانه لايضمن الا بالتعدى أو التقصير ، وان كانت الثانية فانه يضمن ولو لم يصدر منه تعد او تقصير . وقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء فى ذلك ، فاعتبروا يد المستعير يد ضمان . وذلك بناء على قاعدة لديهم وهى أن من حاز مالا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه ولو كان التلف أو الهلاك بلا تعد أو تفريط (أنظر فى هذا المعنى بالنسبة الى العارية م ١٣٠٦ من مجلة الاحكام الشرعية) .

وقد أخذ المشروع فى المادة المقترحة بمذهب الجمهور ، فاعتبر يد المستعير يد امانة ، بحيث لا يضمن الا اذا صدر منه تقصير فى المحافظة على العارية أو تعد عليها .

وفى نصوص الفقة الاسلامى مايواجه كل أحكام المادة المقترحة .

فقد نصت المادة ٨١٣ من المجلة على أن العارية امانة فى يد المستعير ، فاذا هلكت أو ضاعت أو نقصت بلا تعد ولا تقصير ، فلا يلزم الضمان .. » . ونصت المادة ٣٧٦ من مشروع تقنين الشريعة الأسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه على ان «تكون العارية امانة فى يد المستعير لاتضمن ان هلكت من غير تعد » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧٦٧. مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٤٦. فتح القدير ج٧ ص١٠٤) . ونصت المادة ٨١٤ من المجلة على انه «اذا حصل من المستعير تعد او تقصير بحق العارية ، ثم هلكت أو نقصت قيمتها ، فبأى سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان ...» .

ونصت المادة ٧٧٢ من مرشد الحيران على أن « العارية لا تضمن بالهلاك من غير تعد ، ويبطل اشتراط ضمانها فى العقد ، وانما تضمن بتعدى المستعير عليها او بتقصيره او اهماله فى المحافظة عليها » .

ونصت المادة ٢٠٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « العارية أمانة فى يد المستعير ، فعليه أن يحافظ عليها وان يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان » (الشرح الكبير ج٣ ص٣٩٢ والشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٢٨) .

ونصت المادة ٧٧٤ من مرشد الحيران على انه « اذا كان فى امكان المستعير منع التلف عن العارية باى وجه ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها . وان اخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير على دفعه ، فلا ضمان عليه » .

ونصت المادة ٣٨٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « اذا اشترط الضمان فى العارية بطل الشرط » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧٦٩) . وفى هذا المعنى ايضا ماجاء فى المادة ٧٧٢ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها .

ونصت المادة ٢٠٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « لايعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لايضمن فيه » .

ونصت المادة ١٢٩٧ من مجلة الأحكام الشرعية (المذهب الحنبلى) على ان « يلغو كل شرط ينافى مقتضى عقد الاعارة ، فلو شرط نفى الضمان لغى الشرط » .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٨٥٧ و ٨٥٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٧٠ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٥٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٦٤١)

١ ـ متى انتهت العارية وجب على المستعير ان يرد الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها ، وذلك دون اخلال بمسئوليته عن الهلاك او التلف .

٢ ـ ويجب الرد فى المكان الذى تسلم فيه المستعير الشىء المعار، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٣ ـ وتكون مصروفات الرد على المستعير .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ متى انتهت العارية وجب على المستعير ان يرد الشىء الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها ، وذلك دون اخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف .

٢ ـ ويجب رد الشىء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة المقترحة . كما اضيفت فقرة ثالثة تقضى بأن تكون مصروفات الرد على المستعير ؛ وهى تطبيق للقواعد العامة ؛ لان المستعير هو المدين بالالتزام بالرد .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨٤ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٦٥٧ و ٦٥٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٨٦٠ و ٨٥٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٧٧٨ و ٧٧١ من التقنين الاردنى

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٢٦ من المجلة على ان « العارية المؤقتة نصا او دلالة يلزم ردها للمعير فى ختام المدة . لكن المكث المعتاد معفو ... » . ونصت المادة ٨٢٧ على انه « اذا استعير شىء للاستعمال فى عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية فى يد المستعير امانة كالوديعة ، وحينئذ ليس له ان يستعملها ولا ان يمسكها زيادة على المعتاد . واذا استعملها او امسكها فهلكت ضمن » . ونصت المادة ٧٢٨ على ان « المستعير يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينة . فاذا ردها على يد غير امينة فهلكت صار ضامنا » . ونصت المادة ٨٢٩ على ان « العارية اذا كانت فى الأشياء النفيسة كالمجوهرات يلزم فى ردها أن تسلم الى يد المعير نفسه . واما ما سوى ذلك من الاشياء فايصالها الى المحل الذى يعد التسليم فيه فى العرف والعادة تسليما ، وكذا اعطاؤها الى خادم المعير رد وتسليم ... » . ونصت المادة ٨٣٠ على ان « مصاريف رد العارية ومؤونة نقلها على المستعير » .

ونصت المادة ٣٩٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « يبرا المستعير من الضمان متى سلم العارية بالتسليم المتعارف » . انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة . وانظر : فتح القدير ج ٧ ص ١١١ ، ١١٢ . حاشية ابن عابدين ج٤ص ٧٧٣ . وانظر ايضا المادتين ٧٦٤ و ٧٦٩ من مرشد الحيران.

ونصت المادة ١٣٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية على انه « يجب رد العارية بطلب المالك وبانقضاء الفرض منها وبانتهاء التاقيت

وبموت المعير او المستعير ، فاذا تأخر الرد على ذلك لزم فيها اجر المثل لمدة التاخير » . ونصت المادة ١٣٠٤ على ان « على المستعير رد العارية الى المعير فى الموضع الذى أخذها منه ، وعليه مؤونة الرد الى ذلك الموضع . ولا يلزمه ان يحملها الى موضع آخر او يسلمها فى بلد آخر الا اذا كانت معه هناك فيلزمه دفعها اليه » .

ونصت المادة ٢٠٥ على ان « يبرا المستعير برد العارية الى من جرت العادة برد مثلها على يده ، فلو ردها لوكيل المعير فى قبض حقوقه او رد الدابة الى السائس او الامتعة الى الخازن برىء ، اما او رد الدابة الى الاصطبل او المتاع الى داره أو مخزنه من غير تسليم لاحد او سلمها لمن لم تجر العادة بقبضه لم يبرا بذلك » .

٣ – انتهاء العارية

(مادة ٦٤٢)

١ – تنتهى العارية بانقضاء الاجل المتفق عليه . فاذا لم يعين لها اجل ، انتهت باستعمال الشىء فيما أعير من اجله .

٢ – فان لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية ، جاز للمعير انهاؤها فى أى وقت .

٣ – وفى كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل انتهاء العارية ، غير انه اذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله .

هذه المادة تطابق المادة ٦٤٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٥٨ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٨٦١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٧٧٧ و ٧٧٦/١ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٦٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨٧ .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع ما يقوله الفقه الاسلامى بلا خلاف ، وذلك فيما عدا كون العارية لازمة او غير لازمة فى حق المعير اذا عين لها اجل او حدد لها عمل ابرمت من اجله .

ففى خصوص انتهاء العارية بانقضاء الاجل المعين لها او الفراغ من العمل الذى ابرمت من اجله نصت المادة ٨٢٦ من المجلة على ان « العارية المؤقتة نصا او دلالة يلزم ردها للمعير فى ختام المدة ، لكن المكث المعتاد معفو . . . » . ونصت المادة ٨٢٧ على انه « اذا استعير شىء للاستعمال فى عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية فى يد المستعير امانة كالوديعة ، وحينئذ ليس له أن يستعملها ولا ان يمسكها زيادة على المعتاد ، واذا استعملها او امسكها فهلكت ضمن » . وفى هذا المعنى ايضا المادة ٧٦٤ من مرشد الحيران . ونصت المادة ٣٩٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « اذا كانت العارية مؤقتة وامسكها المستعير بعد مضى الوقت فهلكت ضمن » (انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة . وكذلك : ابن عابدين ج ٤ ص ٧٧٢) .

وفى خصوص كون العارية غير لازمة فى حق المعير اذا كانت غير مقيدة بمدة او بعمل . فيجوز له انهاؤها فى اى وقت : قال ابن القاسم واشهب (فى مذهب مالك) : اذا لم تقيد الاعارة بزمن ولا عمل فلا يلزم بها شىء وللمعير ان يسترد العارية متى شاء (بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ . القوانين الفقهية ص ٣٥٨ . شرح مجموع الامير ج ٢ ص ١٩٦ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٩٤) .

وفى خصوص كون العارية غير لازمة فى حق المستعير فى جميع الأحوال ، نصت المادة ١٢٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية على أن « العارية ليست من العقود اللازمة ، فللمستعير ان يرد العارية متى شاء ، وللمعير الرجوع فيها متى شاء مطلقة كانت او مؤقتة ولو قبل شروع المستعير فى الانتفاع او قبل انقضاء غرضه او قبل الوقت المعين فى المؤقتة » .

أما فى خصوص كون العارية لازمة أو غير لازمة فى حق المعير اذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من اجله ، فقد اختلف الفقه الاسلامى :

حيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة ان الاعارة غير لازمة فى حق المعير ، ولو كانت مقيده بزمن او عمل . فيجوز له استرداد العادية فى اى وقت . فقد نصت المادة ٨٠٦ من المجلة على أن « للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء » . ونصت المادة ٨٢٥ على انه « متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه فورا ، واذا وقفها واخرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها ضمن » . ونصت المادة ٧٦٨ من مرشد الحيران على ان « للمعير ان يسترد العارية ويرجع فيها فى اى وقت شاء ، ولو كانت مؤقتة او كان فى استردادها ضرر ، الا اذا كان الضرر لزوالة نهاية معلومه كالزرع او كان قريب الزوال فليس للمستعير الاسترداد وتبقى العين فى يد المستعير باجر مثل حتى يزول الضرر » . المستعير بأجر مثل حتى يزول الضرر » . ونصت المادة ٣٨٢ من مشروع تقنيين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « للمعير ان يرجع فى العارية متى شاء ، ولو كانت مؤقته أو كان فى الرجوع ضرر بالمستعير ، فتبطل العارية بارجوع وتبقى العين المستعارة باجر المثل ان كان ثمة ضرورة لبقائها » الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧٦٨ . أنظر كذلك المادة ١٢٩٩ من مجلة الاحكام الشرعية (على المذهب الحنبلى) التى تقدم ذكرها .

بينما يرى المالكية ان الاعارة تكون لازمة فى حق المعير اذا كانت مفيده بزمن او عمل ، فلا يجوز له استرداد العارية قبل نهاية المدة او تمام العمل . فقد نصت المادة ٢٠٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا قيدت مدة الاعارة بزمن او عمل فليس للمعير ان يسترد العارية من المستعير قبل انتهاء مدتها ، وان لم تقيد بزمن ولا عمل فليس له ان يستردها قبل انتهاء المدة المعتادة فى اعارة مثلها . وله استردادها منه متى شاء فى جميع الحالات اذا استعملها فيما هو اشق عليها مما اعيرت لاجله مع مراعاة احكام المادة السابقة » (بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ . القوانين الفقهية ص ٣٥٨ . شرح مجموع الامير ج ٢ ص ١٩٦ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٩٤) .

وقد اخذ المشروع بمذهب المالكية فى لزوم العارية فى حق المعير اذا كانت مقيدة بزمن أو عمل .

هذا : وقد اشترطت الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فى استعمال المستعير حقه فى رد الشىء المعار قبل انتهاء العارية الا يترتب عليه ضرر للمعير . وذلك استنادا الى القاعدة العامة التى تقضى بانه « لاضرر ولا ضرار » . وقد جاء فى قواعد ابن رجب ص ١١١ (القاعدة الستون) أن « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على احد المتعاقدين او غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ الا أن يمكن استدراك الضرر بضمان او نحوه فيجوز على ذلك الوجه » .

(مادة ٦٤٣)

يجوز للمعير ان يطلب فى اى وقت انهاء العارية فى الأحوال الآتيه :

(أ) اذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء المعار لم تكن متوقعة .

(ب) اذا اساء المستعير استعمال الشىء المعار او قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .

(ج) اذا اعسر المستعير بعد انعقاد العارية ، او كان معسرا قبل ذلك دون علم المعير .

هذه المادة تطابق المادة ٦٤٤ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٨٦٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى البند (أ) مع المادة ٦٥٩ من التقنين الكويتى .

وهى تقضى بانه اذا اتفق على اجل معين للعارية او على غرض معين ، فان العارية مع ذلك تنتهى قبل انقضاء الاجل او تحقيق الغرض ، اما بسقوط الأجل اذا طرات حاجة للمعير او اعسر المستعير ، وأما بفسخ العارية اذا أساء المستعير استعمال الشىء المعار او قصر فى المحافظة عليه . اما اذا لم يتفق على اجل معين ولا على غرض معين ، فان العارية تنتهى فى اى وقت يريده المعير (م ٦٤٢ / ٢ من المشروع) ، فلا يكون هناك مجال للقول بسقوط الأجل او بفسخ العارية فى الحالة المذكورة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٦١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨٩ و ٦٩٠ .

وما تقضى به المادة المقترحة يدخل فى نطاق ما يراه جمهور الفقه الاسلامى ، الشافعية والحنفية والحنابلة ، من ان الاعارة غير لازمة فى حق المعير ، ولو كانت مقيدة بزمن او عمل ، فيجوز له استرداد العارية فى اى وقت ، سواء فى الحالات المذكورة فى النص او فى غيرها

(انظر المادتين ٨٠٦ و ٨٢٥ من المجلة والمادة ٧٦٨ من مرشد الحيران والمادة ٣٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة والمادة ١٢٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية ، وقد تقدم ذكر هذه المواد جميعها) .

وفى خصوص حق المعير فى فسخ العارية اذا اساء المستعير استعمال الشىء المعار او قصر فى المحافظة عليه ، فان المالكية يرون ذلك . فقد نصت المادة ٢٠٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « للمعير ان يسترد العارية متى شاء فى جميع الحالات اذا استعملها المستعير فيما هو اشق عليها مما أعيرت لأجله » .

ويرى المالكية كذلك سقوط حق المدين فى الاجل عند اعساره ، وهو ما يعتبر مسندا لحكم الفقرة « ج » من المادة المقترحة (انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢٦١ من المشروع) .

(مادة ٦٤٤)

تنتهى العارية بموت المستعير ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على ان « تنتهى العارية بموت المستعير ، ما لم يوجو اتفاق يقضى بغيره » .

وتطابق المادة ٦٦٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٨٦٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٧٦ من التقنين الأردنى .

فالعارية تنتهى بموت المستعير لأن شخصيته محل اعتبار فى العقد ، فلا تنتقل العارية الى ورثته الا اذا اتفق على غير ذلك . والالتزامات التى تكون قد نشات فى ذمة المستعير بسبب العارية تتحمل بها تركته . اما موت المعير فلا ينهى العارية ، وتنتقل حقوقه الى ورثته ، كما تنتقل التزاماته فى حدود تركته .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٦٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٦٩١ .

وفى الفقه الاسلامى تنتهى العارية بموت المعير او المستعير . فقد نصت المادة ٨٠٧ من المجلة على ان « تنفسخ الاعارة بموت المعير او المستعير » . وتطابقها المادة ٤٠١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة (ابن عابدين ج ٤ ص٧٧٥) . ونصت المادة ٧٧٨ من مرشد الحيران على أن « تنفسخ الاعارة بموت المعير او المستعير ، ولا تنتقل العارية لورثة المستعير . فان مات المستعير مجهلا للعين المستعارة ولم توجد فى تركته ، تكون دينا واجبا اداؤه من التركة » .

الباب الثالث
العقود التى ترد على العمل

الفصل الأول
عقد المقاولة

(١) أركان عقد المقاولة

(مادة ٦٤٥)

المقاولة عقد يقوم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع أو اداء عمل لقاء أجر .

هذه المادة تقابل المادة ٦٤٦ من التقنين الحالى التى تنص على ان « المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا او ان يؤدى عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى أنه يعرف المقاولة بالتزام يقع على عاتق احد المتعاقدين . مع ان الالتزام اثر للعقد . ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه ؛ كما سبق القول . والعملية القانونية المقصودة من المقاولة هى قيام المقاول بصنع شىء او اداء عمل . حيث يرتب عقد المقاولة التزامات على عاتق كل من الطرفين ؛ وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهى صنع شىء أو أداء عمل والأجر المتفق عليه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٦٤ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٦٤٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٨٠ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٦٤٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٦١ من التقنين الكويتى .

وعقد المقاولة فى الفقه الاسلامى هو عقد الاستصناع . ويقتصر محله على صنع شىء . فاذا اقتصر محل العقد على عمل ، كان العقد اجارة . وفى الاستصناع يقدم الصانع المادة والعمل ، ويعتبر العقد عقد بيع .

وقد نصت المادة ٣٨٨ من المجلة فى هذا الصدد على انه « اذا قال شخص لاحد من أهل الصنائع أصنع الى الشىء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا . مثلا لو ارى المشترى رجله لخفاف وقال له اصنع لى زوجى خف من نوع السختيان الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ، او تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا او سفينة وبين له طولها وعرضها واوصافها اللازمة وقبل النجار ، انعقد الاستصناع . كذلك لو تقاول مع صاحب معمل ان يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل ، انعقد الاستصناع » . ونصت المادة ٣٨٩ على ان « كل شىء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق . واما ما لم يتعامل باستصناعه اذا بين فيه المدة صار سلما وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم ، واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا » .

ونصت المادة ٢١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « الاستصناع بيع ما يصنعه عينا » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة انه فى الاستصناع يطلب من الصانع العمل والعين جميعا ، فلو كانت العين من المستصنع كان اجارة لا استصناعا . وكيفيته ان يقول للصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين . فان حدد فيه اجل كان سلما . والاستصناع بلا اجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطست وغير ذلك من الاوانى . وجوازه استحسانا لان الناس تعاملوه فى فى سائر الأعصار من غير نكير فكان اجماعا منهم على الجواز ، وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا . والقياس يأبى جوازه لأنه بيع المعدوم . وهو بيع عند عامة مشايخنا . ومن شرط جوازه ان يكون فيما للناس فيه تعامل . ولا يصح الاستصناع بلا اجل فيما لم يتعارفه الناس فيه . كما اذا امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز اذ لم يجز فيه التعامل فيبقى على اصل القياس؛ الا اذا شرط فيه الأجل وبين شرائط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم (بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩ و ٢١٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠٦ و ١٠٧) .

والمقاولة فى حكم المادة المقترحة اعم من الاستصناع ، فقد يكون محلها صنع شىء او اداء عمل . ولا شك فى ان العقد يتمحض عقد مقاولة اذا قدم صاحب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله . اما اذا قدم المقاول المادة والعمل معا ، فان النظر يختلف فى هذه الحالة . حيث ذهب راى الى ان العقد حينئذ يكون مقاولة دائما . وذهب رأى آخر الى أن العقد بيع شىء مستقبل ، وهو ما يتفق مع راى الفقه الاسلامى . ولكن الراى الصحيح هو الذى يذهب الى ان العقد يكون مقاولة او بيعا بحسب قيمة العمل بالنسبة الى قيمة المادة . فاذا كانت قيمة العمل تزيد بكثير على قيمة المادة ؛ كان العقد مقاولة . وان كان العكس ، اعتبر العقد بيعا .

(مادة ٦٤٦)

١ ـ يجوز ان يقتصر المقاول على تقديم عمله ، ويقدم صاحب العمل المادة التى يستخدمها او يستعين بها المقاول فى القيام بعمله .

٢ ـ كما يجوز أن يقدم المقاول العمل والمادة معا .

هذه المادة تقابل المادة ٦٤٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على ان يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها او يستعين بها فى القيام بعمله.

٢ – كما يجوز ان يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » .

وقد استبدلت فى هذه المادة عبارة « صاحب العمل » بعبارة « رب العمل » . كما حذفت منها كلمة « التعهد » فى الفقرة الاولى، وكلمة « بتعهد » فى الفقرة الثانية ، نظرا الى ان المادة تتحدث عن عنصر جوهرى يدخل فى محل العقد فيعتبر ركنا فيه ، وهو المادة او العمل .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٦٥ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٦٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٨١ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٦٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٦٢ من التقنين الكويتى .

والصورتان المذكورتان فى المادة المقترحة عرض لهما الفقه الاسلامى كما سبق القول فى المذكرة الايضاحية للمادة السابقة . وان اختلفت التسمية او اختلف الوصف . فعقد المقاولة فى الفقه الاسلامى هو عقد الاستصناع ، ويقتصر محله على صنع شيء . وفيه يقدم الصانع المادة والعمل ويعتبر عقد بيع . فاذا اقتصر محل العقد على عمل ، كان العقد اجارة .

انظر نصوص الفقه الاسلامى المذكورة تحت المادة السابقة .

وقد جاء فى المادة ٤٢١ من المجلة : « ... عقد الاجارة الوارد على العمل . وهنا يقال للمأجور اجيرا ، كاستئجار الخدمة والعملة واستئجار ارباب الحرف والصنائع هو من هذا القبيل : حيث ان اعطاء السلعة للخياط مثلا ليخيط ثوبا يصير اجارة على العمل ، كما ان تقطيع الثوب على ان السلعة من عند الخياط استصناع » .

(٢) آثار عقد المقاولة :

(١) التزامات المقاول :

(مادة ٦٤٧)

اذا قدم المقاول مادة العمل كلها او بعضها ، كان مسئولا عن توافر الشروط والمواصفات المتفق عليها فيها . فاذا لم يتفق على شروط ومواصفات ، وجب ان تكون المادة وافية بالغرض المقصود .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها ، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد فى المادة المقترحة رغبة فى الايضاح . ذلك انه اذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل كان العقد بيعا تنتقل الملكية بمقتضاه عند تمام صنع المادة . واذا كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة فان الملكية تنتقل مع ذلك بمقتضى عقد المقاولة عند تمام صنع المادة . وفى الحالتين تسرى الاحكام اللازمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصدده، وهى احكام البيع . ومن ثم يكون المقاول ملزما بالضمان اذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل لصاحب العمل وجودها فيها . او كان بالمادة عيب خفى ينقص من قيمتها او من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها (م ١/٤١٤ من المشروع) .

وهذه الاحكام تتفق مع ما يراه الفقه الاسلامى فى وصفه لعقد الاستصناع الذى نحن بصدده . فهو يعتبر هذا العقد بيعا كما سبق القول (انظر م ٣٨٨ من المجلة وم ١١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة . وقد تقدم ذكرهما) . وبناء على ذلك فانه يقول بثبوت الخيار للمستصنع اذا لم تتوافر فى المصنوع الصفات المشروطة . فان شاء فسخ العقد وان شاء اجازه . وقد نصت المادة ٢٩٢ من المجلة فى هذا المعنى على انه « اذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدين الرجوع . واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٦٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٤٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ١/٧٨٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١/٦٦٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٦٤٨)

١ – اذا قدم صاحب العمل مادة العمل ، وجب على المقاول ان يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص العادى ، وان يراعى اصول الفن فى استخدامها ، وان يرد الى صاحب العمل ما بقى منها . فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمته لصاحب العمل .

٢ – وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج اليه فى انجاز العمل من أدوات ومهمات اضافية ، ويكون ذلك على نفقته ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعى اصول الفن فى استخدامه لها ، وان يؤدى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد اليه ما بقى منها . فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل.

٢ – وعلى المقاول ان ياتى بما يحتاج اليه فى انجاز العمل من ادوات ومهمات اضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغيره » .

وقد عدلت هذه المادة على النحو الوارد المقترحة رغبة فى الايضاح .

فاذا قدم صاحب العمل المادة ، وجب على المقاول ان يحافظ عليها وان يبذل فى ذلك عناية الشخص العادى ، فاذا لم يبذل هذا القدر من العناية كان مسئولا عن هلاكها او تلفها او ضياعها او سرقتها .

كذلك يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقا لاصول الفن ، وان يستعمل منها القدر اللازم لانجاز العمل المطلوب دون نقص او زيادة ، وأن يرد الى صاحب العمل ما بقى منها . واذا صار شىء منها غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قصور كفايته الفنية ، كان عليه ان يؤدى قيمة هذا الشىء لصاحب العمل ، ويكون فوق ذلك مسئولا عن التعويض .

وما يحتاج اليه انجاز العمل من ادوات ومهمات يكون على نفقة المقاول ، ما لم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغيره .

وتتفق احكام المادة المقترحة مع ما يراه الفقه الاسلامى .

ففى خصوص ما يجب على المقاول من المحافظة على مادة العمل وحسن استخدامها ومسئوليته عن الاهمال وقصور الكفاية الفنية : نصت المادة ٣٢٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أنه « لا يضمن الاجير المشترك المتاع الا بالاعتداء » . ونصت المادة ٣٢١ على ان « يضمن الاجير المشترك ما تلف بعمله غير المأذون فيه » (فتح القدير ج ٧ ص ٢٠١ و ٢٠٢ . مجمع الانهر ج ٢ص ٣٩٢) .

ونصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ان « المستاجر والاجير كل منهما امين فيما وضع يده عليه بعد الاجارة ، فلا يضمنه اذا ضاع او تلف الا اذا كان الضياع او التلف بسبب التفريط او التعدى ، فان شرط ضمان على احدهما ابتداء فسد عقد الاجارة الا اذا اسقط الشرط قبل انتهاء العمل » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان ما وضع الاجير يده عليه هو الشىء الذى يعمل فيه العمل الذى استؤجر عليه (شرح مجموع الامير ج ٢ ص ٢٣١ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٤ص ٢٢ و ٢٣) .

ونصت المادة ٧٠٦ من مجلة الأحكام الشرعية على أن « الاجير المشترك يضمن ما تلف بفعله ولو عن غير قصد . مثلا لو عثر الحامل فسقط وتلف المحمول ضمنه وكذا لو غلط الخياط او الطباخ فتلف الثوب او الطعام ضمنه ويضمن الحمال ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبل شد به الحمل » . ونصت المادة ٧٠٧ على أن « عمل الاجير المشترك وما تولد منه مضمون عليه ، فيضمن ما نقص بخطئه ، كما لو استاجر خياطا ليفصل القماش له جبة ففصله قميصا ، أو أمر الصباغ أن يصبغ الثوب أصفر فصبغه أسود ضمن النقص » . ونصت المادة ٧٠٨ على انه « لا ضمان على الاجير مطلقا فيما تلف عنده فى حرزه بسبب غير فعله دون تعد منه ولا تقصير كما لو سرق او ضاع » .

وجاء فى جواهر الاكليل (ج ٢ص ١٩١) : قال ابن رشد « يضمن الصناع كل ما اتى على أيديهم من خرق او كسر او قطع اذا عمله فى حانوته وان كان صاحبه قاعدا معه الا فيما فيه تغرير من الاعمال، مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران او الثوب فى قدر الصباغ وما أشبه ذلك فانه لاضمان عليهم فيما أتى على أيديهم فيه الا أن يعلم أن تعدى فيه او اخذها على غير وجه ماخذها فيضمن حينئذ . – واذا ضمن الصانع فيضمن المصنوع بقيمته معتبرة يوم دفعه للصانع خاليا من الصنعة ويضمن الصانع مصنوعه بالشروط المتقدمة . ولو شرط الصانع نفيه اى الضمان او دعا الصانع ربه لاخذه اى المصنوع فلم ياخذه وضاع فيضمنه الصانع فى كل حال ، الا ان تقوم بينه بتلفه بلا تفريط ولا تعديه فلا يضمنه وتسقط الاجرة التى استؤجر بها عن مستأجره»

وفى خصوص تحمل المقاول نفقة ما يحتاج اليه فى انجاز العمل من أدوات ومهمات اضافية ما لم يقض الانفاق او عرف الحرفة بغيره : نصت المادة ٥٧٤ من المجلة على ان « كل ما كان من توابع العمل ولم يشرط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها ، كما ان العادة فى كون الخيط على الخياط » . وفى المعنى ايضا : م ٤٧٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك وم ٥٨١ من مجلة الاحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٦٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادتين ٢/٧٨٣ و ٧٨٤ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٦٤٩)

١ – اذا تبين اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف للعقد ، جاز لصاحب العمل ان ينذره بان يعدل من طريقة التنفيذ خلال اجل معقول يعينه له . فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة ، جاز لصاحب العمل ان يطلب فسخ العقد أو ان يعهد الى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الاول طبقا لاحكام المادة ٢٢٣ .

٢ – ويجوز طلب فسخ العقد فى الحال اذا استحال اصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ، أو اذا تاخر المقاول فى ان يبدأ العمل او فى ان ينجزه تاخرا لا يرجى تداركه .

هذه المـادة تقابل المـادة ٦٥٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يـأتى :

« ١ ـ اذا ثبت أثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل ان ينذره بان يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقـد واما ان يعهـد الى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لاحكام المـادة ٢٠٩ .

٢ ـ على انه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة الى تعيين اجل اذا كان اصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا » .

وقد ادخلت على هذه المـادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المـادة المقترحـة .

٢ ـ عدلت الفقرة الثانية تعـديلا لفظيا .

٣ ـ اضيفت الى الفقرة الثانية حالة اخرى يجوز لصاحب العمل فيها ان يطلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة الى تعيين اجل ودون انتظار لحلول اجل التسليم ، وهى حالة ما اذا تأخر المقاول فى ان يبدأ العمل او فى ان ينجزه تأخرا لا يرجى تداركه .

وقد كانت المـادة ٨٧٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحـالى تنص على هذه الحالة ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « اذا تأخر المقاول فى ان يبدأ العمل او فى ان ينجزه تأخرا لايرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المـدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . ثم حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعـد العامة (مجموعة الاعمـال التحضيرية ج ٥ ص ١٤ فى الهامش . انظر المذكرة الايضاحية لهذه المـادة فى هذا المرجع) .

فبمقتضى هذه الاضافة يجوز لصاحب العمل الا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه او الأجل المعقول ، ويبادر منذ ان يتبين استحالة انجاز العمل فى الميعاد الى طلب فسخ العقد . حيث يكون طلب الفسخ حينئذ فى مصلحة الطرفين . وهذه حالة تدخل فى نطاق نظرية الجحـود المبتسر ، اذ ان الاخلال بالتزام على النحو المذكور قد حصل مقـدما وعلى وجه محقق . ومن ثم فليس دقيقا ما جاء فى المذكرة الايضاحية للنص المحـذوف من ان حكمه « يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ الا اذا حصـل الاخلال بالالتزام فعلا » .

والمـادة المقترحـة تتفق مع المـادتين ٦٦٧ و ٦٦٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٨٦٩ من التقنين العراقى التى تتفق مع المـادة ٦٥٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المـادة ٧٨٥ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المـادة ٦٥٠ من التقنين المصرى الحالى .

ويتفق حكم المـادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

ففى خصوص حق صاحب العمل فى انذار المقاول وفى طلب الفسخ عند التقصير من جانب هذا الاخير : نصت المـادة ٣٩٢ من المجلة على انه « اذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدين الرجوع ، واذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً » . حيث يكون المستصنع فى هذه الحالة مخيرا ، ان شاء فسخ العقد وان شـاء اجـازه .

وفى قواعد ابن رجب (ص ٦٤ القاعدة الخامسـة والاربعون) ان عقود الامانات تنفسخ بمجرد التعدى .

وفى خصوص حق صاحب العمل فى ان يعهد الى مقاول آخـر بالعمل بعد استئذان القاضى او دون استئذانه فى حالة الاستعجال : انظـر قواعد ابن رجب (القاعدة الخامسة والسـبعون) . مغنى المحتاج ج٢ ص ٣٥٧ .

(مادة ٦٥٠)

١ ـ يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى او جزئى فيما شيدوه من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، او كان صاحب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات .

٢ ـ ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٣ ـ وتبدأ مدة السـنوات العشر من وقت تسلم العمل .

٤ ـ ولا تسرى هذه المـادة على ما قد يكون للمقـاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن .

هذه المـادة تطابق المـادة ٦٥١ من التقنين الحالى .

وتقابل المـادة ٨٧٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المـادة ٧٨٨ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المـادة ٦٩٢ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضـاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحـالى (م ٨٩٥ و ٨٩٦) وكـذلك تقرير لجنة الشـئـون التشريعية فى مجلس النواب ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١ ـ ٢٤ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المـادة ٦٠٨ من المجلة على ان « تعدى الاجير هو ان يعمل عملا او يتحرك حركة مخالفين لامر الآجر صراحة كان أو دلالة .. مثلا لو اعطى احد قماشا لخياط وقال ان خرج قباء فصلة وقال الخياط يخرج وفصله فان لم يخرج قباء له ان يضمن الخياط القماش » . ونصت المـادة ٦١١ على ان « الأجير المشترك يضمن الضرر والخسـار الذى تولد عن فعله وصنعه ان كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن » .

ونصت المادة ٦١٧ من مجلة الاحكام الشرعية على ان « من استأجر اجيرا لبناء فبناه ثم سقط البناء فلا شيء على الأجير ولا تلزمه اعادته . لكن لو كان سقوطه بتفريطه كان بناه محولا فعليه اعادته ويغرم ماتلف به » . ونصت المادة ٦١٨ على ان « من استأجر عاملا لبناء اذرع معلومة فبنى بعضها فسقط فعليه اعادته وتمام الاذرع » .

وجاء فى بدائع الصنائع (ج ٦ : ٢٦٤٩) : « اذا كانت قاعدة الضمان عند ابن رشد تتألف من وجهين هما التعدى او المصلحة وحفظ المال ، فان للضمان سببين عند الكاسانى ، أولهما الاتلاف والثانى العقد ، لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه، وذلك بالعمل المصلح ، وقد خالف ، والخلاف من اسباب وجوب الضمان » . وخلاصة ماذكره هذان الفقيهان ان شروط العقد ملزمة ، وان عمل الاجير مقيد بالمصلحة ، وان كل خروج على ذلك مما يخالف مصلحة صاحب العمل يشكل مخالفة او تعديا فيضمن الاجير الخسار او الضرر الناتج عن هذه المخالفة وذلك التعدى . ولا تخرج المادة المقترحة عن ذلك فيما قضت به من وجوب الضمان على المهندس المسئول عن التصميم والمقاول المسئول عن التنفيذ .

اما تقييد الضمان بمدة عشر سنوات فسنده مراعاة المصلحة التى تقضى بالا يكون ضمان المهندس والمقاول الى الابد . وللامام ان يقيد هذا الضمان بما يراه محققا للمصلحة ، اذ القاعدة ان « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (م ٥٨ من المجلة) . وهذه المدة تكفى لاختبار صلابة المنشآت ومتانتها .

(مادة ٦٥١)

اذا اقتصر عمل المهندس المعمارى على وضع التصميم دون الاشراف على التنفيذ ، لم يكن مسئولا الا عن العيوب التى اتت من التصميم .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٥٢ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون ان يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا الا عن العيوب التى اتت من التصميم » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٧١ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى.

وتقابل المادة ٧٨٩ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٩٣ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى يرجع فى هذا الصدد الى النصوص والقواعد التى تقدم ذكرها فى خصوص المادة السابقة . فالمهندس المعمارى يجب عليه الضمان بالنسبة الى العمل الذى يضطلع به دون غيره .

(مادة ٦٥٢)

يقع باطلا كل شرط يخالف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول .

هذه المادة تقابل المادة ٦٥٣ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان او الحد منه » .

وقد عدلت هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، بحيث يكون الحكم شاملا ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف احكام الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول ، سواء كان ذلك بالتشديد او التخفيف او الاعفاء منه . فمثلا لا يجوز الاتفاق على ضمان المقاول او المهندس للقوة القاهرة ، او على ان يبقى الضمان لمدة تزيد على عشر سنوات. ولا يجوز اشتراط ان يقتصر الضمان على عيوب معينة . ولا يجوز أن يشترط المقاول او المهندس براءة الذمة من الضمان عن جميع العيوب حتى الخفية منها بمجرد تسلم صاحب العمل البناء . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، او على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . اذ ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

ونصوص الفقه الاسلامى زاخرة بتطبيقات لهذا الحكم فى مختلف العقود ، كما هو واضح مما تقدم ذكره بالنسبة الى كل عقد . وقد نصت المادة ٤٨٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا شرط الصانع على المصنوع نفى الضمان عنه فلا يعمل بهذا الشرط ويفسد به عقد الاجارة ما لم يسقطه قبل انتهاء عمل الاجارة » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا النص انه لم يعمل باشتراط الصانع نفى الضمان عنه وكان مفسدا لعقد الاجارة لانه شرط مناقض لمقتضى العقد وهو الضمان . فان استقطه المشترط قبل انتهاء العمل صح العقد لان فساده كان معلقا فى المعنى على استمرار وجود الشرط (الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٠٦ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٦) .

ويلاحظ انه فى ظل التقنين الحالى لا تعتبر احكام الضمان بوجه عام من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، سواء بالتشديد او التخفيف او الاعفاء . ولهذا جاء نص المادة ٦٥٣ من هذا التقنين استثناء من هذا الحكم العام ، وهو استثناء يقتصر على عدم جواز التخفيف أو الاعفاء من الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول . اما فى المشروع فلسنا بصدد استثناء قاصر على عدم جواز التخفيف او الاعفاء من الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول، وانما نحن بصدد تطبيق لحكم عام يحرم تعديل احكام الضمان ، سواء كان ذلك بالتشديد او التخفيف أو الاعفاء ، لأن هذا التعديل ينافى مقتضى العقد .

والمادة المقترحة تقابل ما جاء فى المادة ١/٨٧٠ من التقنين العراقى الذى يتفق مع المادة ٦٥٣ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٩٠ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٦٥٣ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٩٧ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٦٥٣ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٦٥٣)

لا تسمع دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب .

هذه المادة تقابل المادة ٦٥٤ من التقنين الحالى التى تنص على ان « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب » .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدأ سقوط الدعوى بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى ، وذلك وفقا للخطة التى جرى عليها المشروع فى هذا الصدد . كما اضيف ما يفيد ان دعوى الضمان هى تلك التى تكون ضد المهندس او المقاول بدلا من الاكتفاء بالاشارة الى الدعاوى المتقدمة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣١ .

والمادة المقترحة تقابل ما جاء فى المادة ١/٨٧٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٩١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٦٩٦ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو ان للامام الحق فى تخصيص ولاية القضاء بما يراه محققا للمصلحة ، اذ القاعدة ان « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (م ٥٨ من المجلة) .

٢ ـ التزامات صاحب العمل

(مادة ٦٥٤)

متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف صاحب العمل ، وجب على هذا ان يبادر الى تسلمه فى اقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . فاذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته الى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم اليه .

هذه المادة تطابق المادة ٦٥٥ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١/٨٧٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٧٢ من التقنين الكويتى .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٧٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٣ .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٣٦٢ من المجلة على انه « اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع . واذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا » .

ونصت المادة ٤٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا احضر الصانع الشىء المصنوع لربه بعد ان صنعه على الصفة المشروطة فتركه ربه عنده وادعى ضياعه فلا ضمان عليه وله اجرته » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٠٦ . الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٦) .

(مادة ٦٥٥)

يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى الاتفاق او العرف بغير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى العرف او الاتفاق بغير ذلك » .

وقد عدلت هذه المادة بذكر الاتفاق قبل العرف ، لان أول ما يرجع اليه فى هذا الصدد هو الاتفاق . فاذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين لدفع الأجرة ، وكان هناك عرف يحدد هذا الميعاد ، وجب اتباع ما يقضى به العرف .

واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، فان الأجرة تدفع مؤخرا لا مقدما ، وعند تسلم العمل . وهذا الحكم يخالف القواعد العامة ، ولكنه حكم تقتضيه طبيعة عقد المقاولة . ذلك ان المقاول يتعهد بانجاز عمل معين فى مقابل أجر ، فمن الطبيعى الا يستحق الأجر الا بعد انجاز العمل وتقبل صاحب العمل اياه . وفى هذا يتفق عقد المقاولة مع عقد الايجار . فاذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فى خصوص ميعاد دفع الأجرة فى عقد الايجار ، فان الأجرة تدفع مؤخرا لا مقدما ، اذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق الا باستيفائها .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد :

فقد نصت المادة ٦١٠ من مرشد الحيران على انه « ليس للصانع او المقاول ان يطلب شيئا من الأجرة المتفق عليها الا بعد تمام العمل وتسليمه لصاحبه ؛ ولو عجل له صاحب العمل الاجرة او شيئا منها جاز ، انما اذا كانت العمارة ونحوها جارية فى المنزل الساكن به صاحب العمل جاز للصانع او المقاول ان يطلب الأجر عن القدر الذى عمله ويجبر على تمام الباقى ، وهذا كله عند عدم الشرط » .

ونصت المادة ٣٩١ من المجلة على انه « لا يلزم فى الاستصناع دفع الثمن حالا اى وقت العقد » .

ونصت المادة ٢٦٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « لا يكون للأجير الذى لعمله اثر طلب الأجر قبل التسليم ان عمل فى غير بيت المستاجر ، ولا يضمن ان سرق بعد تمام العمل » . وجا فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما ياتى : لا يكون لمن لعمله أثر كالخباز مثلا طلب الاجر للخبز قبل التسليم ان كان الخبز فى غير بيت المستاجر سواء اكان فى بيت الخباز او لا ولم يسلم الخبز الى المستاجر لاحتراقه او سرقته مثلا فكان عدم الأجر لعدم التسليم حقيقة يعنى انه حيث لم يكن فى بيت المستاجر ولم يوجد التسليم الحكمى فلابد من التسليم الحقيقى ولم يوجد ايضا ، فلذا لم يجب الأجر ، ولا يضمن الخباز الخبز لو سرق ، لانه فى يده امانة ... (ابن عابدين ج٤ ص١٣ . مجمع الأنهر ج٢ ص ٣٧٣) .

ونصت المادة ٢٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « يجب الأجر الصانع تبعا للعرف ، فان افسد المصنوع او اتلفه فهو ضامن » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ماياتى : اذا اتفق المستاجر والصانع على نوع العمل ومقدار الأجر اتبع الشرط ، وان لم يتفقا اتبع العرف . فمثلا للطباخ للوليمة طلب الأجر بعد الغرف للعرف ، فلو لأهل بيته فلاعرف عليه ان جرى بذلك العرف وعليه تسوية الخوان ، فان افسد الطعام او احرقه او لم ينضجه فهو ضامن ... (ابن عابدين ج ٥ ص ١٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٧٣) .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٧٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٩٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٧٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٦٥٦)

١ – اذا أبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل ان من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول ان يخطر فى الحال صاحب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة فى كم المقايسة وما يستتبع ذلك من زيادة فى الأجر ، فان لم يفعل فلاحق له فى طلب ماجاوز به قيمة المقايسة من نفقات .

٢ – فاذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لصاحب العمل ان ينهى العقد ويقف التنفيذ ، على ان يكون ذلك دون ابطاء ، مع ايفاء المقاول قيمة ما انجزه من الاعمال مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون ان يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٥٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

«١ – اذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل ان من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول ان يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار مايتوقعه من زيادة فى الثمن ، فان لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاء به قيمة المقايسة من نفقات .

٢ – فاذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد ويقف التنفيذ ، على ان يكون ذلك دون ابطاء ، مع ايفاء المقاول قيمة ما انجزه من الاعمال مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون ان يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على نحو يتضح منه ان مجاوزة المقايسة ، مجاوزة محسوسة يقصد بها مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايسة لا مجاوزة أسعارها . اذ أن الزيادة فى الأسعار لايعتد بها ، حيث تكون العبرة بالاسعار الواردة فى المقايسة . وذلك مالم تصل هذه الزيادة الى الحد الذى تنطبق فيه نظرية الظروف الطارئة .

كذلك ادخلت على هذه الفقرة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

اما الفقرة الثانية فقد استبدلت فيها عبارة « ان ينهى العقد » . بعبارة « أن يتحلل من العقد » ، وذلك لتكييف تحلل صاحب العمل من المقاولة .

أنظر تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ، وكذلك تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص ٣٩ و ٤٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٧٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٩٤ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما جاء فى الحديث الشريف : «المسلمون عند شروطهم» . فاذا كان هناك وجه لمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول اخطار صاحب العمل بهذه المجاوزة حتى يكون له الحق فى طلب مايقابل الزيادة فى المقايسة من اجر . واذا كانت المجاوزة جسيمة ، فان صاحب العمل يكون بالخيار بين امرين : فاما أن يبقى مقيدا بالمقاومة مع زيادة مناسبة فى الاجر ، واما ان ينهى العقد .

وفى خصوص حق المقاول فى قيمة ما انجزه من الأعمال فى حالة انهاء المقاولة من جانب صاحب العمل ، نصت المادة ٣٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه على انه « اذا استاجر شخصا لعمل لايتضرر بالتجزئة فاتم جزءا منه استحق الاجر بحسابه » (ابن عابدين ج ٥ ص ٧٩) .

(مادة ٦٥٧)

١ – اذا ابرم عقد المقاولة باجر اجمالى على اساس تصميم اتفق عليه مع صاحب العمل ، فليس للمقاول ان يطالب باية زيادة فى الاجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل او اضافة ، الا ان يكون ذلك راجعا الى فعل صاحب العمل ، او يكون ماذونا به منه واتفق مع المقاول على اجره .

٢ ـ ويجب ان يكون الاتفاق على التعديل فى التصميم وعلى مقدار الزيادة فى الأجر ثابتا بالكتابة ، الا اذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

٣ ـ وليس للمقاول ، اذا ارتفعت اسعار المواد الأولية واجور الأيدى العاملة او غيرها من التكاليف ، ان يستند الى ذلك ليطالب زيادة فى الاجر .

٤ ـ على انه اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات صاحب العمل والتزامات المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز القاضى ان يحكم بزيادة الأجر او بفسخ العقد .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا ابرم العقد بأجر اجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو اضافة ، الا أن يكون ذلك راجعا الى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢ ـ ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، الا اذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

٣ ـ وليس للمقاول ، اذا ارتفعت اسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند الى ذلك ليطالب بزيادة فى الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا .

٤ ـ على انه اذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الاساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات اريد بها ايضاح الحكم :

ففى الفقرة الأولى استبدلت عبارة « فعل صاحب العمل » بعبارة « خطأ من رب العمل » ، لأن الحكم ينطبق ولو كان الفعل المنسوب الى صاحب العمل ليس خطأ .

وفى الفقرة الثانية عدلت العبارة الأولى بحيث يتضح ان الكتابة المطلوبة للاثبات تشترط سواء فى اثبات الاتفاق على التعديل فى التصميم او فى اثبات الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر ، اذ ان ظاهر النص الحالى يوهم ان اشتراط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر دون الاتفاق على التعديل ذاته .

وفى الفقرة الثالثة حذفت العبارة الأخيرة التى تقول : « ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا » ، حيث لا لزوم لها لبيان الحكم ، وقد يثير وجودها فكرة استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مع ان الفقرة الرابعة تعتبر تطبيقا لهذه النظرية وان اختلف الجزاء فيهما .

وفى الفقرة الرابعة ادخل تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ، وتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٣ و ٤٤ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٨٧٧ و ٨٧٨ من التقنين العراقى اللتين تطابقان المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ٦٩٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٩٥ من التقنين الأردنى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فحكم الفقرة الأولى منها يتفق مع الأصول الشرعية القاضية بوجوب الوفاء بالعقود . فلا يجوز للمقاول ان يطالب بزيادة فى الأجر، الا اذا كان ذلك بناءعلى اتفاق سابق مع صاحب العمل ، أوكان راجعا الى فعل منسوب الى صاحب العمل .

وحكم الفقرة الثانية تنهض به القاعدة الشرعية التى تدعو الى توثيق العقود قطعا للنزاع . فقد جاء فى الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

وحكم الفقرة الثالثة شأنه شأن الفقرة الأولى وقد نصت المادة ٦٠٨ من مرشد الحيران على انه « لا يجوز للصانع الذى التزم عملا بالمقاولة ان يطلب بعد العقد زيادة عن الأجر المسمى ، كما لا يجوز لصاحب العمل ان يطلب تنقيص شىء منه » .

وحكم الفقرة الرابعة يستند شرعا الى أن القاضى مكلف برفع الضرر فهو على هذا الأساس يستطيع ان يحكم بزيادة الأجر او بفسخ العقد ، مادام أن هناك عذر يبرر ذلك لمصلحة المقاول . وقد نصت المادة ٦٠٦ من مرشد الحيران على انه « يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل » .

(مادة ٦٥٨)

اذا لم يحدد الأجر سلفا ، وجب الرجوع فى تحديده الى قيمة العمل ونفقات المقاول .

هذه المادة تطابق المادة ٦٥٩ من التقنين الحالى .

تتفق مع المادة ٨٨٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٩٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٧٨ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٥٦٤ من المجلة على انه « لو قال أحد لآخر اعمل هذا العمل اكرمك ولم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق اجر المثل » .

ونصت المادة ٢٩٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « العبرة فيما لا يسمى فيه الأجر للعادة والعرف » .

ونصت المادة ٧٠٢ من مجلة الاحكام الشرعية على ان « من استعمل صانعا فى عمل او استخدم من انتصب ليعمل للناس باجر دون تسمية اجره لزمه اجرة المثل مطلقا » .

(مادة ٦٥٩)

١ - يستحق المهندس المعمارى اجرا مستقلا على وضع التصميم وعمل المقايسة ، واجرا آخر على ادارة الأعمال والاشراف على التنفيذ.

٢ - فاذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقا العرف الجارى .

٣ - غير انه اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل .

هذه المادة تطابق المادة ٦٦٠ من التقنين الحالى ؛ فيما عدا تعديل لفظى فى الفقرة الأولى باستبدال كلمة « على » بكلمة « عن » وأضافة عبارة « والأشراف على التنفيذ » فى نهايتها .

وهى تتفق مع المادة ٨٨١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٩٧ من التقنين الاردنى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

ففى خصوص الفقرة الأولى من هذه المادة ، نصت المادة ٦٠٤ من مرشد الحيران على انه « اذا عمل المهندس رسما او مقايسة او باشر ادارة العمارة بأمر صاحبها ، وكان قد سمى له اجرة على ذلك ، فله الاجر المسمى » .

وفى خصوص الفقرة الثانية ، نصت المادة ٦٠٥ من مرشد الحيران على انه «اذا لم يعين صاحب العمل أجره للمهندسين على عمله ، يكون له اجر المثل مقدرا على حسب العرف والزمن الذى استغرقه فى عمله » .

وفى خصوص الفقرة الثالثة ، فان حكمها يتفق مع ما يقضى به العرف . وقد نصت المادة ٤٣ من المجلة على أن « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » . ونصت المادة ٤٥ على ان « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان العرف قد جرى باعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمس الأتعاب التى كان يأخذها لو ان تصميمه قد نفذ (استئناف مختلط فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٠ ص ٣٥) .

٣ - المقاولة من الباطن

(مادة ٦٦٠)

١ - يجوز للمقاول ان يقاول من الباطن فى كل العمل او فى جزء منه ، اذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية .

٢ - ولكن يبقى المقاول فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن نحو صاحب العمل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٦١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل فى جملته او فى جزء منه الى مقاول من الباطن ، اذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد او لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية .

٢ - ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٩٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٨١ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٥٧١ من المجلة على ان « الأجير الذى استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره . مثلا لو أعطى احد جبة لخياط على ان يخيطها بنفسه بكذا درهم ، فليس للخياط ان يخيطها بغيره ، وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن » . ونصت المادة ٥٧٢ على انه « لو اطلق العقد حين الاستئجار ، فللاجير ان يستعمل غيره » . ونصت المادة ٥٧٣ على ان « قول المستأجر للاجير اعمل هذا الشغل اطلاق . مثلا لو قال احد للخياط خط هذه الجبة بكذا دراهم من دون تقييد بقوله خطها بنفسك او بالذات وخاطها الخياط بخليفته او خياط آخر يستحق الأجر المسمى ، وان تلفت الجبة بلا تعد لا يضمن » .

ونصت المادة ٦٠٧ من مرشد الحيران على انه « لا يجوز للصانع او المقاول الذى التزم فى العقد العمل بنفسه ان يستعمل غيره . واذا كان

العقد مطلقا ، جاز له ان يستاجر او يقاول غيره على العمل كله او بعضه ، ويكون ضامنا لما هلك فى يد من استاجره او قاوله » .

انظر فى هذا المعنى ايضا المادتين ٢٧١ و ٢٧٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ومذكرتهما الايضاحيتين.
وراجع : ابن عابدين ج ٥ ص ١٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٧٤ .

(مادة ٦٦١)

١ ـ يكون للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاول من الباطن مثل هذا نحو كل من المقاول الأصلى وصاحب العمل .

٢ ـ ولهم فى حالة توقيع الحجز من احدهم تحت يد صاحب العمل او المقاول الاصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى او للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة .

٣ ـ وحقوق المقاول من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن حقه قبل صاحب العمل .

هذا المادة تطابق المادة ٦٦٢ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى بسيط .

وتتفق مع المادة ٨٨٣ من التقنين العراقى .

والفقرتان الأولى والثانية منها تتفقان مع المادتين ٦٨٢ و ٦٨٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٩٩ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٠٩ من مرشد الحيران على انه « ليس للصانع او المقاول الثانى ان يطالب صاحب العمل بشىء مما يستحقه الاجير او المقاول الأول الا اذا وكله او احاله على صاحب العمل » .

(٣) انتهاء عقد المقاولة

(مادة ٦٦٢)

١ ـ لصاحب العمل ان ينهى العقد ويقف التنفيذ فى اى وقت قبل اتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل .

٢ ـ على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء انهاء العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى امر آخر .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٦٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لرب العمل ان يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى اى وقت قبل اتمامه ، على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل .

٢ ـ على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى امر آخر » .

وقد ادخل على الفقرة الاولى من هذه المادة تعديل لفظى . واستبدلت عبارة « ان ينهى العقد » بعبارة « أن يتحلل من العقد » لتكييف هذا التحلل .

كذلك ادخل على الفقرة الثانية تعديل لفظى باستبدال عبارة « من جراء انهاء العقد » بعبارة « من جراء تحلل رب العمل من العقد » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٥ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٨٨ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتفق مع المبادىء التى يقرها الفقه الاسلامى :

فالفقرة الاولى منها تستند فى الأساس الى المبدأ الذى جاء فى قوله تعالى : « اوفوا بالعقود » . فاذا كانت لصاحب العمل مصلحة فى ان يرجع فى المقاولة فله ذلك ، ولكن بشرط ان يعوض المقاول تعويضا كاملا عن كل ما قام به وما فاته بسبب عدم المضى فى المقاولة الى نهايتها، وفى هذه الحالة لا تكون للمقاول مصلحة فى أن يتمسك باتمام المقاولة . فهذا الحل ليس الا تطبيقا للمبدأ العام المذكور بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة الى المقاول .

وقد جاء فى قواعد ابن رجب (القاعدة الستون ص ١١١) أن التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على احد المتعاقدين او غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ الا أن يمكن استدراك الضرر بضمان او نحوه فيجوز على ذلك الوجه .

اما الفقرة الثانية فانها تستند الى مبدأ استدراك الضرر المذكور الآن ، حيث يكون التعويض بقدر الضرر ، فاذا كان هناك وجه لتخفيض التعويض الذى تقضى به الفقرة الاولى ، نظرا الى ما استفاده المقاول من جراء انهاء العقد ، وجب هذا التخفيض .

(مادة ٦٦٣)

ينفسخ عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه » .

وقد أستبدلت فى هذا النص كلمة «ينفسخ» بكلمة «ينقضى» تحريا للدقة فى التعبير .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٦ من التقنين العراقى التى تطابق نص المشروع النهائى للتقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٨٠١ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦٨٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد . فقد نصت المادة ٦٠٦ من مرشد الحيران على أن « يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه من العمل » .

(مادة ٦٦٤)

١ – اذا هلك الشىء بقوة قاهرة قبل تسليمه لصاحب العمل ، فليس للمقاول ان يطالب باجر عمله ولا بما انفقه فيه ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين .

٢ – اما اذا كان المقاول قد اعذر ان يسلم الشىء ، او كان هلاك الشىء أو تلفه قبل التسليم راجعا الى خطأ منه ، وجب عليه ان يعوض صاحب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة العمل .

٣ – فاذا كان صاحب العمل هو الذى اعذر ان يتسلم الشىء ، او كان هلاك الشىء او تلفه راجعا الى خطأ منه او الى عيب فى المادة التى قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٦٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا هلك الشىء بسبب حادث مفاجىء قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين » .

وقد استبدلت فى هذه الفقرة عبارة « بقوة قاهرة » بعبارة « بسبب حادث مفاجىء » ، لأن الحادث المفاجىء من قبيل القوة القاهرة ، واستبدلت عبارة « أن يطالب بأجر عمله ولا بما انفقه فيه » بعبارة « أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته » .

اما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٦٦٥ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٧ من التقنين العراقى .
وتقابل المادتين ٦٦٩ و ٦٧٠ من التقنين الكويتى .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

ففى خصوص عدم استحقاق المقاول للأجر اذا هلك الشىء قبل تسليمه ، نصت المادة ٦١١ من مرشد الحيران على انه « اذا تلف العمل المقاول عليه قبل تسليمه لصاحب العمل فلا اجر للصانع » . وجاء فى بدائع الصنائع (ج ٦ فقرة ٢٦٣٥) : « ذكر ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع ثوبا الى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل فنتفه قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط ، لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها » .

وفى خصوص هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين اذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ، فانتقلت ملكيتها بعد صنعها الى صاحب العمل ، فانه يكون بمثابة بائع لها ، فيتحمل تبعة هلاكها بقوة قاهرة قبل التسليم .

واذا كان صاحب العمل هو الذى قدم المادة ، فانه يتحمل تبعة هلاكها بقوة قاهرة قبل التسليم . وفى هذا المعنى نصت المادة ٦١٢ من مرشد الحيران على ان « الاجير الخاص امين ، فان هلك الشىء فى يده بدون تعديه أو تقصيره او اهماله فلا ضمان عليه » . ونصت المادة ٦١٣ على ان « الأجير المشترك ضامن للشىء ان هلك فى يده بصنعه ، وان هلك بلا صنعة فلا ضمان عليه ان كان هلاكه بأمر لا يمكن التحرز منه والا ضمن » .

وفى خصوص تضمين المقاول اذا هلك الشىء بخطأ منه ، او ما يعدل الخطأ بان يعذر صاحب العمل المقاول ان يسلم الشىء فلا يسلمه ، انظر المادتين ٦١٢ و ٦١٣ من مرشد الحيران المذكورتين . وقد نصت المادة ٢٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « يجب الأجر للصانع تبعا للعرف ، فان افسد المصنوع او اتلفه فهو ضامن » .

وفى خصوص هلاك الشىء على صاحب العمل اذا كان الهلاك بخطأ منه ، أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر المقاول صاحب العمل ان يتسلم الشىء فلا يتسلمه ، او كان الهلاك راجعا الى عيب فى المادة التى قام بتوريدها ، وكذلك استحقاق المقاول للأجر والتعويض ، فان هذا يستفاد ضمنا من المادتين ٦١٢ و ٦١٣ من مرشد الحيران المذكورتين .

(مادة ٦٦٥)

ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فان لم تكن هذه المؤهلات محل اعتبار ، فلا ينتهى العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لصاحب العمل انهاؤه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٢ الا اذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته

الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فان لم تكن محل اعتبار ، فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، الا اذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، تحريا للدقة فى التعبير .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٦٣ و ٦٤

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٨ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٨٠٤/١ و ٢ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٨٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول فى جميع الحالات . فقد نصت المادة ٦٠٦ من مرشد الحيران على أن « يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل ، ولا ينفسخ ما لم يفسخ ، واذا مات انفسخ بموته بلا حاجة الى الفسخ » .

كما يصح قياس انتهاء المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد على انفساخ الاجارة بموت الظئر ، اذ أن المؤهلات الشخصية للظئر تكون محل اعتبار . فقد نصت المادة ٦٠١ من مرشد الحيران على انه « اذا ماتت الظئر او مات رضيعها انفسخت الاجارة ، ولا تنفسخ بموت والد الرضيع » .

(مادة ٦٦٦)

١ ـ اذا انتهى عقد المقاولة بموت المقاول ، وجب على صاحب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ مالم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات .

٢ ـ ويجوز لصاحب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم اعدادها والرسوم التى بدىء فى تنفيذها .

٣ ـ وتسرى هذه الأحكام كذلك اذا أصبح المقاول عاجزا عن البدء فى العمل أو اتمامه لسبب لا يد له فيه .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات .

٢ ـ ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك ان يطالب بتسليم المواد التى تم اعدادها والرسوم التى بدىء فى تنفيذها ، على ان يدفع عنها تعويضا عادلا .

٣ ـ وتسرى هذه الأحكام ايضا اذا بدا المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن اتمامه لسبب لايد له فيه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) ادخلت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

(٢) حذفت العبارة الواردة فى نهاية الفقرة الثانية وهى التى تقول: « على أن يدفع عنها تعويضا عادلا » . اذ ان التعويض مذكور على نحو مفصل فى الفقرة الاولى .

(٣) عدلت صياغة الفقرة الثالثة على نحو يتضح منه أنه يستوى لسريان الحكم ان يكون المقاول قد اصبح عاجزا بعد ابرام المقاولة وقبل البدء فى تنفيذ العمل ، او يكون قد بدأ فى تنفيذ العمل ثم اصبح عاجزا .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٦٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادتين ٨٠٢ و ٨٠٤/٣ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦٨٧ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم الفقرتين الاولى والثانية من المادة المقترحة مع المبادىء العامة فى الفقه الاسلامى . فما دام يجب على صاحب العمل ان يعوض الورثة على النحو المنصوص عليه فى الفقرة الأولى ، فانه يحق له فى نظير ذلك ان يطالب بتسليم المواد التى تم اعدادها والرسوم التى بدىء فى تنفيذها .

وبمقتضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فان موت المقاول يأخذ حكمه أن يصبح المقاول عاجزا عن البدء فى العمل أو اتمامه لسبب لايد له فيه . وقد نصت المادة ٦٠٦ من مرشد الحيران فى هذا الصدد على أن « يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل ، ولا ينفسخ ما لم يفسخ ، واذا مات انفسخ بموته بلا حاجة الى الفسخ » . وعلى هذا النحو يميز الفقه الاسلامى تمييزا دقيقا بين انفساخ العقد بموت المقاول ، أى انتهائه من تلقاء ذاته ، وبين امكان فسخه اذا قام عذر معتبر يمنع المقاول عن العمل .

الفصل الثانى
عقد العمـل

(مادة ٦٦٧)

عقد العمل عقد يعمل بمقتضاه احد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر وتحت ادارته او اشرافه مقابل اجر .

هذه المـادة تقابل المـادة ٦٧٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « عقد العمل هو الذى يتعهد فيه احد المتعاقدين بان يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت ادارته او اشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف عقد العمل بالتزام يقع على عاتق احـد المتعاقدين ، مع ان الالتزام اثر للعقد . ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العمليه القانونيه المقصوده منه ، كما سبق القول . والعمليه القانونيه المقصوده من عقد العمـل هى ان يعمل احد المتعاقدين لدى المتعاقد الاخر . حيث يرتب عقد العمل التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العمليه القانونيه المقصوده من العقد .

ولهـذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقـد والعناصر الجوهريه فيه ، وهذه تشمل عنصرى التبعيه والاجـر .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٤٢ من قانون العمـل الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ التى تنص على ان « تسرى احكام هـذا الفصل على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بان يشتغل تحت ادارة صاحب عمل او اشرافه مقابل اجر » .

وتقابل المـادة ٢٩ من قانون العمل الحالى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ التى تنص على ان « تسرى أحكام هـذا الباب على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت ادارته او اشرافه لقـاء أجر أيا كان نوعه » .

وتقابل المـادة ١/٩٠٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادة ١/٨٠٥ من التقنين الأردنى .

وعقد العمل فى الفقه الاسلامى هو عقد اجارة الآدمى (م ٥٦٢ من المجلة و م ٥٨٦ من مرشد الحيران) . وعلى غرار هـذه التسمية كان التقنين المدنى المصرى القديم يسميه اجارة الأشخاص .

ويفرق الفقه الاسلامى بين الأجير الخاص والأجير المشترك .

فالأجير الخاص هو العامل بالمعنى المقصود فى عقد العمل ، وهو ، كما تنص المـادة ٥٨٨ من مرشد الحيران : « الذى يعمل لغيره واحدا او اكثر عملا مؤقتا مع اشتراط التخصيص عليه وعدم العمل لآخر » (انظر كذلك فى هذا المعنى المـادة ٣٢٢ من مشروع تقنين الشريعـة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفـة ومذكرتها الايضاحية . ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩٢) .

اما الأجير المشترك فهو مقاول يقتصر على تقـديم عمله . وهو ، كما تنص الماده ٥٦٠ من مرشد الحيران : « الذى يعمـل لا لواحـد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين عملا غير مؤقت او عمـلا مؤقتـا بلا اشتراط التخصيص عليه » (انظر كذلك فى هـذا المعنى المـادة ٣١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ومذكرتها الايضاحية . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩١ . فتح القـدير ج ٧ ص ٢٠٠) .

(مادة ٦٦٨)

١ – لا تسرى الأحكام الواردة فى هـذا الفصل الا بالقـدر الذى لا تتعارض فيه صراحة او ضمنا مع التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمـل .

٢ – وتبين هـذه التشريعات طوائف العمال الذين لا تسرى عليهم هـذه الاحكام .

هـذه المـادة تطابق المـادة ٦٧٥ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨١١) فى مجموعة الاعمال التحضيريه ج ٥ ص ١٠٩ و ١١٠ .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٢/٨٣٢ من التقنين الاردنى .

ويتفق حكم المـادة المقترحة مع الاصول العامة فى التفسير ، سواء فى الفقه الاسلامى او فى فقه القانون الوضعى ، حيث يقدم الخاص على العام . فالاحكام التى يتضمنها التقنين المدنى فى عقد العمل أحكام عامة ، فهى لا تسرى الا حيث لا يكون هناك حكم خاص ورد فى تشريع خاص يتعلق بالعمل .

(مادة ٦٦٩)

١ – تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أصحاب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والمندوبين الجـوابين ومنـدوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا ماجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أصحاب الاعمـال ، مـادام هؤلاء الأشخاص تابعين لاصحاب العمل وخاضعين لرقابتهم .

٢ – واذا انتهت خدمات الممثل التجارى أو المندوب الجواب ، ولو كان ذلك بانتهاء المدة المعينة فى عقد استخدامه ، كان له الحق فى ان يتقاضى على سبيل الاجر العمالة او الخصم المتفق عليه او الـذى يقضى به العرف عن التوصيات التى لم تبلغ صاحب العمـل الا بعد خروج الممثل التجارى او المندوب الجواب من خدمته ، متى كانت

هذه التوصيات نتيجة مباشرة لما قام به هؤلاء المستخدمون من سعى لدى العملاء أثناء مدة خدمتهم . على انه لا يجوز لهم المطالبة بهذا الحق الا خلال المدة المعتادة التى يقررها العرف بالنسبه الى كل مهنة.

هذه المادة تطابق المادة ٦٧٦ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحيه للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٣٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ١١٣ و١١٤ .

والفقرة الأولى من النص المقترح يشمل حكمها فى نظر الفقه الاسلامى الاجير الخاص والاجير المشترك . وليس هناك ما يمنع فى هذا الفقه من سريان حكم الأجير الخاص على الأجير المشترك اذا لم يشترط التخصيص عليه (انظر المادة ٥٩٠ من مرشد الحيران السالفة الذكر) .

امـا الفقرة الثانية من النص المقترح فتخول الوسطاء المذكورين فيها الحق فى تقاضى الأجر عن عمل قاموا به اثناء مدة خدمتهم رغم انتهاء هذه الخدمة قبل ان يبلغ صاحب العمل بالتوصيات التى حققوها . ومن الواضح شرعا استحقاق هؤلاء للأجر فى هذه الحالة .

(١) أركان عقد العمل

(مادة ٦٧٠)

لايشترط فى عقد العمل أى شكل خاص ، ما لم تنص القوانين واللوائح الادارية على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٦٧٧ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٣٠ من قانون العمل الحالى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ التى تنص على ما يأتى :

« يجب ان يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة ومحررا باللغة العربية من ثلاث نسخ لكل من الطرفين نسخة والثالثة لمكتب التأمينات الاجتماعية المختص .

ويجب أن يتضمن على الأخص البيانات الآتية :

(أ) اسم صاحب العمل وعنوان محل العمل .

(ب) اسم العامل ومؤهله ومهنته ومحل اقامته وما يلزم لاثبات شخصيته .

(جـ) طبيعة ونوع العمل محل التعاقد .

(د) الأجر المتفق عليه وطريقة وموعد ادائه وكذلك سائر المزايا النقدية والعينية المتفق عليها .

فاذا لم يوجد عقد مكتوب ، جاز للعامل وحده اثبات حقوقه بجميع طرق الاثبات . ويعطى العامل ايصالا بما يكون قد اودعه لدى صاحب العمل من أوراق وشهادات » .

وقد رؤى الابقاء على الحكم الوارد فى صدر المادة المقترحة باعتباره تطبيقا للقواعد العامة ؛ وذلك بالنسبة الى طوائف العمال التى لا تخضع لقانون العمل . اما الطوائف التى تخضع لقانون العمل فيسرى عليها ما يقضى به قانون العمل وما يتصل به من لوائح اداريه .

والقاعدة الواردة فى صدر المادة المقترحة تتفق مع الأصل المقرر فى الشريعة الاسلامية ، شأنها فى ذلك شان القانون الوضعى . حيث لا يشترط شكل خاص فى العقد ولا طريقة خاصة للاثبات . مالم تقتضى مصلحة شرعية مثل هذا الشكل او هذه الطريقة .

(مادة ٦٧١)

١ ـ يجوز ان يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة ، كما يجوز أن يكون غير معين المدة .

٢ ـ واذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل او صاحب العمل او لاكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات ان ينهى العقد دون تعويض على ان ينظر صاحب العمل الى ستة أشهر .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز ان يبرم عقد العمل لخدمة معينة او لمدة معينة ، كما يجوز ان يكون غير معين المدة .

٢ ـ فاذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل او رب العمل او لاكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات ان يفسخ العقد دون تعويض على ان ينظر رب العمل الى ستة اشهر » .

وقد ادخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح . كما استبدلت فى هذه الفقرة عبارة « ان ينهى العقد » بعبارة « ان يفسخ العقد » ، لأن الفسخ لا يقع الا عند تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بالتزامه ، فحقيقة الأمر ان ما يصدر من العامل فى هذه الحالة هو انهاء للعقد .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٤٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ١٢٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٠٢ من التقنين العراقى

وتقابل المادة ٨٠٦ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة او لمدة معينة . فقد نصت المادة ٥٦٢ من المجلة على انه « يجوز اجارة الآدمى للخدمة او لاجراء صنعة ببيان مدة او بتعيين العمل بصورة أخرى » . وفى خصوص تعيين العمل نصت المادة ٤٥٥ من المجلة على أن « تكون المنفعة معلومة فى استئجار اهل الصنعة ببيان العمل يعنى بتعيين ما يعمل الأجير أو تعين كيفية عمله . فاذا أريد صبغ الثياب يلزم اراءتها للصباغ أو بيان لونها أو اعلام غلظتها مثلا » .

ونصت المادة ٦٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على انه « يجوز اجارة الادمى على مدة معلومة او لعمل معلوم » .

اما ابرام عقد العمل لمدة غير معينة . فلا يجيزه الفقه الاسلامى، حيث يكون العقد فاسدا ، وذلك على اساس ان المنفعة يجب ان تكون معلومة والا كان العقد فاسدا . ذلك انه يشترط فى الاجارة ان تكون المنفعة معلومة (م ٤٥١ مجلة) ، وتكون المنفعة معلومة ببيان مدة الاجارة (م ٤٥٢ مجلة) . وقد نصت المادة ٥٩٣ من مرشد الحيران على انه « اذا لم تكن المدة معينة فى العقد حتى فسد لجهالتها ، فلكل من العاقدين فسخها فى أى وقت اراد وللخادم أجرة مثله مدة خدمته » .

ونصت المادة ٥٤٣ من مجلة الأحكام الشرعية على انه « اذا اشترط فى الاجارة المعقودة على مدة ما يؤدى الى جهالة المدة بطل العقد » . ونصت المادة ٥٦١ من هذه المجلة على انه «يشترط فى الاجارة لمدة ان تكون معلومة .... فلو استاجر خادما يخدمه مدة مرضه لم تصح الاجارة ويلزم المستاجر اذا استوفى المنفعة اجرة المثل » .

لكن يلاحظ انه اذا ابرم العقد لمدة غير معينة ، فان المدة فيه قد تحدد بفترة زمنية معينه ، كشهر أو سنه مثلا ، وهذه صورة للتعاقد يجيزها الفقه الاسلامى . حيث تلزم الاجارة فى المدة الاولى المحدده لدفع الأجرة ، ثم يجوز لكل من الطرفين انهاء العقد ، ما لم يدخل فى مدة مماثلة فيتجدد العقد ضمنيا . فقد نصت المادة ٤٩٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذاكانت الاجارة وجيبه (اى لمدة محدودة النهاية فلا يعبر فيها بلفظ كل كالاستئجار يوما او شهرا او سنة بكذا) لزمت المدة التى سميت فى العقد ولو لم يحصل نقد للأجرة . واذا كانت مشاهرة (اى لمدة متكررة غير محدودة النهاية فيعبر فيها بلفظ كل كالاستئجار كل يوم او كل شهر او كل سنة بكذا) لزمت المدة الأولى فقط او المدة التى نقد المستاجر اجرتها او التى جرى بها العرف . ويكون لكل من المتعاقدين فيما بعد ذلك حل العقد عن نفسه متى شاء . واذا لم يبين فى العقد مدة الاجارة وجيبة كانت او مشاهرة حمل على يوم العقد » وجاء فى شرح هذه المادة ما ياتى : « وانما لزم جميع المدة فى اجارة الوجيبة لان العقد وقع على مدة محدودة ، بخلاف اجارة المشاهرة فان العقد وقع على مدة غير محدودة فلا يلزم من هذه المدة الا المدة المحققة . وهى الأولى او التى حددها نقد الأجرة أو العرف » راجع : الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣١١ و٣١٢)

واما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فقد قصد به حماية العامل الذى قد تضطره ظروفه الى قبول التعاقد لمدة طويلة. فهو الطرف الضعيف فى العقد . ومثل هذه الحماية تتفق مع روح الشريعة الاسلامية ، ويملكها ولى الأمر ، اذ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ مجلة) .

(مادة ٦٧٢)

يفترض فى اداء الخدمة أن يكون باجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به او عملا داخلا فى مهنة من اداه .

هذه المادة تطابق المادة ٦٨١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٠٣ فقرة اولى من التقنين العراقى .

وحكمها يتفق مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٥٦٣ من المجلة على انه « لو خدم احد آخر بناء على طلبه من دون مقاولة اجره ، فله اجر المثل ان كان ممن يخدم بالأجرة والا فلا » .

ونصت المادة ٤٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ان « من عمل لغيره عملا بدون طلب منه ، فله على رب العمل اجرة مثلة ان كان العمل مما يستاجر عليه ربه وكان مثل العامل ياخذ عليه اجره العادى » .

(مادة ٦٧٣)

١ – اذا لم تنص العقود الفردية او العقود الجماعية او الانظمة الاساسية للعمل على الاجر الذى يلتزم به صاحب المصنع ، اخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع ان وجد ، والا قدر الاجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل ، فان لم يوجد عرف تولى القاضى تقدير الاجر وفقا لمقتضيات العدالة .

٢ – ويتبع ذلك أيضا فى تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل اداوها وفى تحديد مداها .

هذه المادة تطابق المادة ٦٨٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة «الانظمة الاساسية للعمل» بعبارة «لوائح المصنع» .

وقد اوجبت المادة ٣٠ من قانون العمل ان يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة ، وان يتضمن بوجه خاص بيانات منها الاجر المتفق عليه وطريقة وموعد ادائه وسائر المزايا النقدية والعينية المتفق عليها ، وكذلك طبيعة ونوع العمل محل التعاقد . واذا لم يوجد عقد مكتوب جاز للعامل اثبات حقوقه بجميع طرق الاثبات .

ونصت المادة ٣٥ من هذا القانون على انه « لاتبرا ذمة صاحب العمل من اجر العامل الا اذا وقع العامل بما يفيد استلام الاجر فى السجل المعد لذلك او فى كشوف الاجور او ايصال خاص معد لهذا الغرض على ان تشمل بيانات هذه المستندات مفردات الاجر» .

واوجبت المادة ٥٥ من هذا القانون « على صاحب العمل ان ينشىء ملفا لكل عامل يذكر فيه اسمه ومهنته ودرجة مهارته ومحل اقامته وحالته الاجتماعية وتاريخ ابتداء خدمته واجره وبيان ما يدخل عليه من تطورات .... » .

فاذا لم توجد كتابة من هذا القبيل اتبع ما تقضى به المادة المقترحة، سواء فى تقدير الاجر او تحديد نوع الخدمة ومداها . فاذا اغفل المتعاقدان تحديد الاجر يؤخذ بأجر المثل ؛ فان لم يوجد يرجع الى العرف ، فان لم يوجد تولى القاضى تقدير الاجر وفقا لمقتضيات العدالة. ويتبع ذلك ايضا فى تحديد نوع الخدمة ومداها . ويراعى فى كل هذا ان العامل يجوز له اثبات حقوقه بجميع طرق الاثبات .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٨١٠ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٢/٩٠٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع احكام الفقه الاسلامى .

ففى خصوص تقدير الاجر وفقا لاجر المثل وما يقضى به العرف اذا أغفل المتعاقدان تحديده : نصت المادة ٥٦٣ من المجلة على انه « لو خدم أحد آخر بناء على طلبه من دون مقاولة أجرة فله اجر المثل ان كان ممن يخدم بالأجرة ، والا فلا » . ونصت المادة ٥٦٥ من المجلة على انه « لو استخدمت العملة من دون تسمية أجره ، تعطى اجرتهم ان كانت معلومة والا فأجر المثل ومعاملة الاصناف الذين يعاملون هؤلاء على هذا الوجه » . ونصت المادة ٤١٤ من المجلة على ان « أجر المثل هو الاجرة التى قدرتها اهل الخبرة السالمين عن الغرض » .

ونصت المادة ٥٩٤ من مرشد الحيران على انه « اذا لم تكن اجرة الخادم مقدرة فى العقد فله اجر مثله مقدرا على حسب العرف » .

ونصت المادة ٢٩٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « العبرة فيما لا يسمى فيه الأجر العادة والعرف » .

وفى خصوص تحديد نوع الخدمة ومداها : نصت المادة ٤٥٥ من المجلة على انه « تكون المنفعة معلومة فى استئجار أهل الصنعة ببيان العمل يعنى بتعيين ما يعمل الأجير او تعيين كيفية عمله . فاذا اريد صبغ الثياب يلزم اراءتها للصباغ أو بيان لونها او اعلام غلظتها مثلا » . ونصت المادة ٤٩٥ من المجلة على انه « لو استأجر احد أجيرا على ان يعمل يوما يعمل من طلوع الشمس الى العصر او الى الغروب على وفق عرف البلده فى خصوص العمل » .

وجاء فى قواعد ابن رجب رقم ١٢٢ ص ٢٩٨ : « يخص العموم بالعادة ومنها : لو استأجر اجيرا يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف » .

(مادة ٦٧٤)

يعتبر جزءا لا يتجزأ من الاجر يحسب فى تعيين القدر الجائز الحجز عليه ما يأتى :

١ – العلاوة الدورية .

٢ – العلاوة التى تصرف للعامل فى مقابل غلاء المعيشة او زيادة اعبائه العائلية .

٣ – العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين .

٤ – النسب المئوية التى تدفع الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن مابيبيعونه .

٥ – النسبة المئوية التى يحصل عليها العامل من الأرباح او الايراد او مقدار الانتاج او ماشاكل ذلك .

٦ – كل منحة تعطى للعامل زيادة على الاجر المحدد ، وما يصرف له جزاء امانته أو كفاءته وماشابه ذلك ، اذا كانت مبالغها مقررة فى عقود العمل الفردية او الجماعية او الانظمة الأساسية للعمل ، أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الاجر لاتبرعا ، على ان تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز .

٧ – الوهبة التى يحصل عليها العامل اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بتحديدها .

٨ – المزايا العينية .

هذه المادة تقابل المادة ٦٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« تعتبر المبالغ الاتية جزءا لايتجزأ من الاجر تحسب فى تعيين القدر الجائز الحجز عليه :

١ – العمالة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين .

٢ – النسب المئوية التى تدفع الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن مابيبيعونه والعلاوات التى تصرف لهم بسبب غلاء المعيشة .

٣ – كل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء امانته او فى مقابل زيادة اعبائه العائلية وماشابه ذلك ، اذا كانت هذه المبالغ مقررة فى عقود العمل الفردية او لوائح المصنع او جرى العرف بمنحها حتى اصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءا من الاجر لاتبرعا ، على ان تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز » .

وتقابل المادة الأولى من قانون العمل التى تنص على ماياتى :

«يقصد فى تطبيق أحكام هذا القانون :

بالاجر : كل ما يتقاضاه العامل لقاء عمله نقدا مضافا اليه جميع العلاوات اياكان نوعها وعلى الأخص ماياتى :

١ – العلاوة الدورية .

٣ – العلاوة التى تصرف بسبب غلاء المعيشة واعباء العائلة .

٢ ـ ان ياتمر باوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذى يدخل فى وظيفة العامل ، اذا لم يكن فى هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب ، ولم يكن فى اطاعتها ما يعرض للخطر .

٣ ـ ان يحرص على حفظ وسائل الانتاج وادوات العمل الموضوعة تحت تصرفه .

٤ ـ ان يحتفظ باسرار العمل حتى بعد انقضاء العقد .

٥ ـ ان يعمل على تنمية مهارته وخبراته مهنيا وثقافيا وفقا للنظم التى يضعها صاحب العمل بالاشتراك مع المنظمات النقابية المختصة .

٦ ـ الا يستخدم ادوات العمل خارج مكان العمل الا بترخيص من صاحب العمل ، وان يحفظ هذه الأدوات فى الأماكن المخصصة لها .

٧ ـ ان ينفذ التعليمات المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية المقررة بالمنشاة سواء بموجب القانون او بمقتضى عقود العمل الفردية والجماعية وانظمة العمل .

هذه المادة مستمدة من المادة ٦٨٥ من التقنين المدنى الحالى والمادة ٥٨ من قانون العمل .

فالمادة ٦٨٥ من التقنين الحالى تنص على ما يأتى :

« يجب على العامل :

(أ) ان يؤدى العمل بنفسه ، وان يبذل فى تاديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد .

(ب) ان يأتمر بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذى يدخل فى وظيفة العامل ، اذا لم يكن فى هذه الاوامر ما يخالف العقد او القانون او الآداب ، ولم يكن فى اطاعتها ما يعرض للخطر .

(جـ) ان يحرص على حفظ الأشياء المسلمة اليه لتأدية عمله .

(د) ان يحتفظ باسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد » .

والمادة ٥٨ من قانون العمل تنص على ما يأتى :

« يجب على العامل :

١ ـ ان يؤدى العمل بنفسه تبعا لتوجيه واشراف صاحب العمل وطبقا لما هو محدد بالعقد ووفقا لاحكام القانون وانظمة العمل وعقوده الجماعية وان يبذل فى تاديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد .

٢ ـ ان يأتمر بأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذى يدخل فى عمله او مهنته اذا لم يكن فى هذه الأوامر ما يخالف العقد او القانون او الآداب ولم يكن فى اطاعتها ما يعرض للخطر .

٣ ـ ان يحرص على وسائل الانتاج وادوات العمل الموضوعة تحت تصرفه وان يحافظ عليها بحرص وعناية الشخص المعتاد وان يقوم بجميع الاجراءات الضرورية لحفظها وسلامتها .

٤ ـ ان يحتفظ باسرار العمل .

٥ ـ ان يعمل باستمرار على تنمية مهارته وخبراته مهنيا وثقافيا وفقا للنظم والاجراءات التى يضعها صاحب العمل بالاشتراك مع المنظمات المختصة وفى حدود الامكانيات المتاحة .

٦ ـ الا يستخدم ادوات العمل خارج مكان العمل الا بترخيص من صاحب العمل وان يحفظ هذه الأدوات فى الأماكن المخصصة لذلك .

٧ ـ ان يلتزم بتنفيذ كافة تعليمات السلامة والصحة المهنية المقررة بالمنشأة سواء بمقتضى القانون أو عقود العمل الجماعية والفردية ونظم ولوائح العمل وتعليماته » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٠٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٨١٤ ، ٨١٥ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٥٧١ من المجلة على ان « الاجير الذى استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره» . ونصت المادة ٦٠٧ على انه « لو تلف المستاجر فيه بتعدى الأجير او تقصيره يضمن » . ونصت المادة ٦٠٨ على ان « تعدى الأجير هو ان يعمل عملا او يتحرك حركة مخالفين لأمر الآجر صراحة كان او دلالة » . ونصت المادة ٦٠٩ على ان « تقصير الأجير هو قصوره فى محافظة المستاجر فيه بلا عذر » . ونصت المادة ٦١٠ على ان « الأجير الخاص امين حتى انه لا يضمن المال الذى تلف فى يده بغير صنعه وكذا لا يضمن المال الذى تلف بعمله بلا تعد ايضا » .

ونصت المادة ٥٨٩ من مرشد الحيران على انه « ليس للأجير الخاص ان يعمل فى مدة الاجارة لغير مستأجره ، وان عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله ، وليس له ان يشتغل بشىء آخر سوى المكتوبة حتى لا يصلى النافلة » . ونصت المادة ٦١٢ على ان «الأجير الخاص امين ، فان هلك الشىء فى يده بدون تعديه او تقصيره أو اهماله فلا ضمان عليه » .

ونصت المادة ٥٨٠ من مجلة الأحكام الشرعية على انه « ليس للأجير الخاص أن يعمل لغير مستاجره أثناء المدة » . ونصت المادة ٦١٤ على انه « ليس للأجير الخاص ان ينيب عنه احدا فيما استؤجر له » .

(مادة ٦٧٧)

١ ـ اذا كان العمل الموكول الى العامل يتيح له معرفة عملاء صاحب العمل او الاطلاع على سر اعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على الايجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل ، ولا ان يشترك فى اى مشروع يقوم بمنافسته .

٢ ـ غير انه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما ياتى :

(١) ان يكون العامل بالغا رشده وقت ابرام العقد .

٣ ـ العمولة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين .

٤ ـ الامتيازات العينية .

٥ ـ كل منحة تعطى للعامل علاوة على الاجر ، وما يصرف له جزاء امانته او كفاءته وما شابه ذلك اذا كانت هذه المبالغ مقررة فى العمل الفردية او الجماعية او الانظمة الأساسية للعمل او جرى العرف بمنحها .

٦ ـ الوهبة التى يحصل عليها العامل فى المحال العامة غير السياحية اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بتحديدها . وتعتبر فى حكم الوهبة النسبة المئوية التى يدفعها العملاء مقابل الخدمة فى المنشآت السياحية .

ويصدر قرار من وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب بالاتفاق مع وزير السياحة والمنظمة النقابية المختصة بكيفية توزيعها على العاملين » .

وقد استمدت المادة المقترحة من هاتين المادتين ، مع ادخال بعض التعديلات . حيث أضيفت النسبة المئوية التى يحصل عليها العامل من ارباح المنشأة او ايراداتها او مقدار الانتاج فيها او ما شاكل ذلك . وذكر حكم الوهبة باطلاق . دون تفرقة بين المنشآت السياحية وغير السياحية كما فعل قانون العمل . ودون قصره على المنشآت الصناعية والتجارية كما فعل التقنين المدنى الحالى فى المادة ١/٦٨٤ بلا مبرر .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/٩٠٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨١١ من التقنين الاردنى .

ويقر الشرع الاسلامى اعتبار كل ما احصته المادة المقترحة من قبيل الاجر ، مادام أن العامل يتقاضاه لقاء عمله .

وقد نصت المادة ٦٦١ من مجلة الاحكام الشرعية على انه « يجوز دفع الدابة لمن يعمل عليها بجزء مشاع من ربحها . مثلا لو دفع صاحب الابل ابله لمن يحمل عليها باجرة لها على ان يكون له نصف الوارد من اجرتها صح » .

ونصت المادة ٦٥٧ من هذه المجلة على أن « استئجار السماسرة والوكلاء لعمل معلوم كشراء بضاعة وبيعها باجرة مسماة او معلومة بالنسبة المئوية ونحوها صحيح . مثلا لو قال للسمسار : اشترلى كذا ، وجعل له من كل الف شيئا معلوما صح » .

ونصت المادة ٦٥٩ من هذه المجلة على انه « يجوز ان يدفع متاعا لمن يبيعه بقدر معلوم على أن مازاد من الثمن عن ذلك القدر فهو للاجير . مثلا لو دفع سيارته لدلال وقال له : بعها بخمسين دينارا ومازاد على ذلك فهو لك صح العقد ، فاذا باعها بزيادة كانت له واذا باعها بخمسين فلا شىء له » .

راجع : المغنى لابن قدامه ج٥ / ص٨ .

(مادة ٦٧٥)

١ ـ يجوز لصاحب العمل أن يجمع فى صندوق مشترك مبالغ الوهبة التى يدفعها العملاء الى مستخدمى المتجر ليقوم بعد ذلك بتوزيعها على هؤلاء المستخدمين بنفسه او تحت اشرافه .

٢ ـ ويجوز فى بعض الأعمال ، كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب ، الا يكون للعامل اجر سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام .

هذه المادة تقابل المادة ٦٨٤ فقرة ثانية وثالثة من التقنين المدنى الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ ـ وتعتبر الوهبة جزءا من الأجر ، اذا كان ما يدفعه منها العملاء الى مستخدمى المتجر الواحد يجمع فى صندوق مشترك ليقوم رب العمل بعد ذلك بتوزيعه على هؤلاء المستخدمين بنفسه او تحت اشرافه .

٣ ـ ويجوز فى بعض الصناعات ، كصناعة الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب ، الا يكون للعامل اجر سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على نحو يتضح منه ان مبالغ الوهبة التى تجمع فى صندوق مشترك لكى توزع بعد ذلك على العمال هى تلك التى توفرت فيها شروط الوهبة من حيث جريان العرف بدفعها ووجود قواعد تسمح بتحديدها .

وعدلت الفقرة الثالثة من هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٩٠٧ و ٣ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٢/٦٨٤ و ٣ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الفقة الاسلامى نصت المادة ٦٥٤ من مجلة الأحكام الشرعية على ان « نفقة الآدمى ولو دون وصف فى حكم المعلوم فيصح طعامه وشرابه جعلها اجرة » .

(٢) آثار عقد العمل

التزامات العامل

(مادة ٦٧٦)

يجب على العامل :

١ ـ أن يؤدى العمل بنفسه طبقا لما هو محدد بالعقد ووفقا لأحكام القانون وانظمة العمل وعقوده الجماعية ، وان يبذل فى تاديته من العناية ما يبذله الشخص العادى .

(ب) ان يكون القيد مقصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة .

٣ - ولا يجوز أن يتمسك صاحب العمل بهذا الاتفاق اذا انهى العقد او رفض تجديده دون مبرر ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق اذا صدر منه هو ما يبرر فسخ العامل او انهاءه للعقد .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٦٨٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة «يتيح» بكلمة «يسمح» .

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٨٦ من التقنين الحالى .

والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز ان يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق اذا فسخ العقد او رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق اذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « صاحب العمل » بعبارة « رب العمل » كما هو الشأن فى جميع النصوص .

٢ - استبدلت فى صدر النص عبارة « اذا انهى العقد او رفض تجديده » بعبارة « اذا فسخ العقد أو رفض تجديده » ، لأن المقصود الانهاء ، وليس الفسخ ، اذا الفسخ لا يكون الا عند تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بالتزامه ، وعدم وجود مبرر لتمسك صاحب العمل بالاتفاق ينتفى معه التقصير الذى يبرر الفسخ .

٣ - استبدلت عبارة « دون مبرر » بعبارة « دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك » ، لان صاحب العمل قد يوجد لديه مبرر لانهاء العقد او رفض تجديده برغم سلامة موقف العامل ، كما لو كان المشروع يعانى من ظروف اقتصادية سيئة ، فيكون من الافضل النص على عدم وجود مبرر ايا كان .

٤ - استبدلت عبارة « فسخ العامل او انهاءه للعقد » فى نهاية النص بعبارة « فسخ العامل للعقد » ، لأن ما يصدر عن صاحب العمل قد يكون اخلالا بالتزام يرتبه العقد فيخول العامل الحق فى الفسخ ، وقد يكون موقفا معينا لا علاقة له بالالتزامات التى يرتبها العقد فيدفع العامل الى انهاء العقد .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩١٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨١٨ من التقنين الأردنى .

والسند الشرعى لأحكام المادة المقترحة هو المبدأ الشرعى الذى يقضى بالا ضرر ولا ضرار .

(مادة ٦٧٨)

اذا اتفق على تعويض فى حالة الاخلال بالامتناع عن المنافسة ، وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء لدى صاحب العمل مدة اطول من المدة المتفق عليها ، كان هذا الشرط باطلا ، كما يشمل البطلان شرط عدم المنافسة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٨٧ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الاخلال بالامتناع عن المنافسة ، وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة اطول من المدة المتفق عليها ، كان هذا الشرط باطلا ، وينسحب بطلانه ايضا الى عدم المنافسة فى جملته » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٩١١ من التقنين العراقى . وتقابل المادة ٨١٩ من التقنين الاردنى .

والأصل أن التعويض يكون بقدر الضرر ، وذلك سواء فى القانون الوضعى أو فى الشرع الاسلامى . فاذا كان التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) مبالغا فيه ، جاز للقاضى أن يخفضه (م ٢/٢٣٣ من المشروع) . ويظل الشرط بالامتناع عن المنافسة صحيحا . ولكن المشروع ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى ، حرصا منه على توفير حماية اكبر للعامل ، لم يكتف بهذه القواعد العامة ، بل قضى ببطلان الشرط الجزائى وكذلك الشرط الأصلى بالامتناع عن المنافسة . حيث قدر انه بهذا يحمى مصلحة مشروعة للعامل ، وهو الطرف الضعيف فى العقد ، الأمر الذى يتفق مع روح الشريعة ، ويملكه ولى الأمر ، اذ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ مجلة) .

(مادة ٦٧٩)

١ - اذا وفق العامل الى اختراع اثناء عمله ، فلا يكون لصاحب العمل اى حق فى ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من اعمال لدى صاحب العمل .

٢ - على ان ما يستنبطه العامل من اختراعات اثناء عمله يكون من حق صاحب العمل ، اذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه افراغ جهده فى الابتداع ، او اذا كان صاحب العمل قد اشترط فى العقد صراحة ان يكون له الحق فيما يهتدى اليه من الاختراعات .

٣ - واذا كان الاختراع ذا اهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل فى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة ان يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها صاحب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته .

هذه المـادة تطابق المـادة ٦٨٨ من التقنين الحالى ، مع بعض التعديلات اللفظية .

وتطابق المـادة ٩١٢ من التقنين العراقى ، مع بعض الاختلافات اللفظيـة .

وتقابل المـادة ٨٢٠ من التقنين الاردنى .

والأصل الذى تقرره الفقرة الاولى من المادة المقترحة مسلم به سواء فى القانون الوضعى او فى الشريعة الاسلامية . حيث ان المخترع ، كما هو الحكم فى حـق المؤلف ، يثبت له على اختـراعه حق المؤلف بجانبيه المعنوى والمالى ، وذلك حتى لو كان يعمل لدى شخص آخر.

واذا كان الحق المعنوى يظل على الدوام للعامل المخترع ، فان الحق المـالى على خلاف الأصل يثبت لصـاحب العمل فى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقـرة الثانية من المـادة المقترحة . وسـند هاتين الحالتين هو الاتفاق الصريح او الضمنى ، وهو إتفاق لاتاباه الشريعة . فالمسلمون عند شروطهم فيما لا يخالف حكما قطعيا .

اما ما تقرره الفقرة الثالثة من المـادة المقترحة فقد روعى فيه مصلحة كل من الطرفين . فهو يشجع العامل على الابداع والابتكار ، ويحمى مصلحة صاحب العمل الذى انفق من ماله وقدم التسهيلات للعامل للوصـول الى اختراعه . والشريعة الاسـلامية ترعى مثل هـذه المصـالح المشروعة .

التزامات صـاحب العمل

(مادة ٦٨٠)

يلتزم صاحب العمـل ان يدفع للعامل اجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك .

هذه المـادة تطابق المـادة ٦٩٠ من التقنين الحالى .

وبمقتضاها يراعى ما تقضى به القوانين الخاصة فى هذا الشأن . فاذا فلم تنص هذه القوانين على القواعد التى يجب اتباعها ، يؤخذ بما يقرره العقـد او العرف .

وفى خصوص ما تقضى به القوانين الخاصـة فان قانون العمل ينص فى المواد الآتية على القواعد التى تتبع فى هذا الشأن :

مادة ٣٣ ـ تؤدى الأجور وغيرها من المبالغ المسـتحقة للعامل بالعملة المتداولة قانونا .

مادة ٣٤ ـ تؤدى الأجور فى احد ايام العمل وفى مكانه مع مراعاة الاحكام التاليـة :

(أ) العمال المعينون باجر شهرى تؤدى اجورهم مرة على الاقل فى الشـهر .

(ب) اذا كان الأجـر بالقطعة واستلزم العمـل مدة تزيد على اسبوعين وجب ان يحصل العامل كل اسبوع على دفعة تحت الحساب تناسب ما اتمه من العمل ، وان يؤدى له باقى الأجر خلال الاسبوع التالى لتسليم ما كلف به .

(جـ) فى غير ماذكر من الأحوال السابقة تؤدى للعمال اجورهم مرة كل اسبوع ، على انه يجوز ان تؤدى لهم مرة كل اسبوعين او كل شهر اذا وافقوا كتابة على ذلك .

مادة ٣٨ ـ اذا انتهت علاقة العمل ادى للعامل اجره وكافة المبالغ المستحقة له فورا ، الا اذا كان العامل قد ترك العمل من تلقاء نفسه فيجب فى هذه الحالة على صاحب العمل اداء اجر العـامل وجميع مستحقاته فى مدة لا تتجاوز سبعة ايام من تاريخ ترك العمل .

مادة ٤٠ ـ لا يجوز لصاحب العمل ان يقتطع من اجـر العـامل أكثر من ١٠٪ وفاء لمـا يكون قد اقرضه من مال أثناء سريان العقد . ولا أن يتقاضى عن هذه القـروض فائـده ، ويسرى ذلـك الحكم على الأجور المدفوعة مقدما .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٧٣ من المجلة على أنه « يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان فى تعجيل الاجرة وتأجيلها » . ونصت المـادة ٤٧٤ على انه « اذا شرط تأجيل البدل يلزم على الآجر اولا تسليم المـاجور وعلى الأجير ايفاء العمل ، والاجرة لا تلزم الابعد انقضاء المدة التى شرطت » . ونصت المـادة ٤٧٥ على انه « يلزم على الآجر اولا تسليم المأجور وعلى الأجير ايفاء العمل فى الاجارة المطلقـة التى عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل » . ونصـت المـادة ٤٧٦ على انه « ان كانت الأجـرة مؤقتـة بوقت معين ، كالشـهرية او السـنوية مثلا ، يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت» .

ونصت المـادة ٥٧١ من مرشد الحيران على انه « يجوز للأجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفى اجـرته المشروط تعجيلها ، وله فسخ الاجارة ان لم يوفه المؤجر الأجرة » .

(مادة ٦٨١)

١ ـ اذا شرط فى العقد او نص القانون على ان يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه او بدلا منه حق فى نسبة مئوية من ارباح صاحب العمل او من جملة الايراد او من مقدار الانتاج او من قيمة ما يتحقق من وفر او ما شاكل ذلك ، وجب على صاحب العمل ان يقدم الى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك .

٢ ـ ويجب على صاحب العمل ، فوق هذا ، ان يقدم الى العامل أو الى شخص موثوق به يعينه ذوو الشان او يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وان ياذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره .

الفقرة الاولى من هذه المـادة تقابل الفقرة الأولى من المـادة ٦٩١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا نص العقد على ان

يكون للعامل فوق الاجر المتفق عليه او بدلا منه حق فى جزء من ارباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الايراد أو من مقدار الانتاج او من قيمة ما يتحقق من وفر او ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم الى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ ـ استبدلت عبارة « اذا شرط فى العقد او نص القانون » بعبارة «اذا نص العقد» · ذلك أن اعطاء العامل نسبة مئوية فى الحالات المذكورة قد يكون مصدره العقد ، وقد يكون المصدر هو نص القانون . ومثل هذه الحالة الأخيرة ما فرضه الشارع من تخصيص نسبة مئوية من ارباح بعض الشركات لموظفيها وعمالها .

٢ ـ استبدلت عبارة « حق فى نسبة مئوية من ارباح صاحب العمل او من جملة الايراد » بعبارة « حق فى جزء من ارباح رب العمل او فى نسبة مئوية من جملة الايراد » . اذ ان المقصود فى جميع الحالات المذكورة ان يكون للعامل الحق فى نسبة مئوية .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٩١ من التقنين الحالى .

واحكام المادة المقترحة يقصد بها توفير ضمانات معينة للعامل حتى لا يخدعه صاحب العمل فى حقيقة الربح او الايراد او مقدار الانتاج او قيمة ما تحقق من وفر . وهذا من شانه ان يحمى مصلحة العامل . ومن مقاصد الشريعة رعاية المصالح المشروعة .

(مادة ٦٨٢)

١ ـ اذا حضر العامل لمزاولة عمله فى الفترة التى يلزمه بها عقد العمل ، أو اعلن انه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ، ولم يمنعه عن العمل الا سبب راجع الى صاحب العمل ، كان له الحق فى اجر تلك الفترة .

٢ ـ اما اذا حضر العامل وحال بينه وبين مزاولة عمله سبب اجنبى لايد لصاحب العمل فيه ، كان له الحق فى نصف الاجر .

هذه المادة مستمدة من المادتين ٦٩٢ من التقنين الحالى و ٣٦ من قانون العمل .

فالمادة ٦٩٢ من التقنين المدنى الحالى تنص على ما ياتى : « اذا حضر العامل ، او المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل او اعلن انه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ، ولم يمنعه عن العمل الا سبب راجع الى رب العمل ، كان له الحق فى اجر ذلك اليوم » .

والمادة ٣٦ من قانون العمل تنص على ما ياتى :

« اذا حضر العامل الى مقر عمله فى الوقت المحدد للعمل ، وكان مستعدا لمباشرة العمل ، وحالت دون ذلك اسباب ترجع الى صاحب العمل ، اعتبر كانه ادى عمله فعلا واستحق اجره كاملا .

اما اذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله اسباب قهرية خارجة عن ارادة صاحب العمل ، استحق نصف اجره » .

وقد رؤى فى المادة المقترحة ان يضاف الى حكم التقنين الحالى ما زاد عليه فى قانون العمل . فليس من العدل ان يحرم العامل من كل اجره اذا حال بينه وبين مزاولة عمله سبب اجنبى لايد لصاحب العمل فيه . وذلك نظرا الى الصفة الحيوية للأجر بالنسبة الى العامل ، اذ الأجر هو عماده الأساسى فى معاشه . ولانه من العدل ان يتحمل صاحب العمل بعض مخاطر مشروعه ولو كانت ناشئة عن قوة قاهرة .

وبهذا فان حكم المادة المقترحة يتفق ما يقضى به قانون العمل .

ويرى الفقه الاسلامى ان العامل اذا حضر للعمل ، ولم يمنعه عن العمل الا سبب راجع الى صاحب العمل ، كان له الحق فى الأجر . اما اذا كان المانع لعذر من غير صاحب العمل ، فلا اجر له . فقد نصت المادة ٣٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « يستحق الأجير الخاص الأجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما ياتى : « اذا سلم الأجير الخاص نفسه فى مدة الاجارة استحق الأجر المسمى وان لم يعمل بشرط ان يتمكن من العمل ، فلو سلم نفسه ولم يتمكن منه لعذر من غير صاحب العمل كمطر ونحوه لا اجر له كما فى المعراج عن الذخيرة . أما اذا كان المانع من صاحب العمل فله الأجر وان لم يعمل ايضا » .

ونصت المادة ٤٢٥ من المجلة على أن « الأجير الخاص يستحق الأجرة اذا كان فى مدة الاجارة حاضرا للعمل ، ولا يشترط عمله بالفعل ، ولكن ليس له ان يمتنع عن العمل واذا امتنع فلا يستحق الأجرة » .

ونصت المادة ٥٩١ من مرشد الحيران على أن « يستحق الخادم الأجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها سواء خدم ، او لم يخدم . وكذلك الأستاذ اذا استؤجر لتعليم علم او فن اوصنعة وعينت المدة يستحق الأجرة بتسليمه نفسه وتمكنه من التعليم سواء علم التلميذ أو لم يعلم . فان كانت المدةغير معينة ، فلا يستحق الأجرة الا اذا علم التلميذ » .

(مادة ٦٨٣)

يجب على كل من العامل وصاحب العمل ، الى جانب الالتزامات المبينة فى المواد السابقة ، أن يقوم بالالتزامات التى تفرضها القوانين الخاصة .

هذه المادة تشمل ما تنص عليه المادتان ٦٨٩ و ٦٩٣ من التقنين الحالى .

وعلة ورودها ان احكام المشروع فى عقد العمل تقتصر على الاصول العامة ، فكان لابد من الاحالة على القوانين الخاصة بالنسبة الى

المسائل التفصيلية والتطبيقية التى شملتها احكام قانون العمل باعتبار ان احكامها عرضة من وقت الى آخر لتعديلات تقتضيها تطور الحركة العمالية وتباين اوجه نشاطها فى الازمنة المختلفة . ومن اهم ما يحال عليه فى ذلك التزامات كل من العامل وصاحب العمل .

(٣) انتهاء عقد العمل

(مادة ٦٨٤)

١ - اذا كان عقد العمل معين المدة ، انتهى من تلقاء ذاته بانقضاء مدته .

٢ - فاذا استمر الطرفان فى تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته ، اعتبر الايجار قد تجدد لمدة غير معينة . ويعتبر التجديد كذلك لمدة غير معينة ولو حصل بتعاقد جديد يشمل شروطا جديدة .

هذه المادة مستمدة من المادة ٦٧٩ من التقنين الحالى والمادتين

فالمادة ٦٧٩ من التقنين المدنى الحالى تنص على ما ياتى :

« ١ - اذا كان عقد العمل معين المدة ، انتهى من تلقاء نفسه بانقضاء مدته .

٢ - فاذا استمر طرفاه فى تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته ، اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير معينة » .

والمادة ٧١ / اولا (ا) و (ب) من قانون العمل تنص على ما ياتى : :

« تنقضى علاقة العمل لاحد الاسباب الآتية :

اولا : (ا) انتهاء مدة العقد اذا كان محدد المدة .

(ب) انتهاء الموسم اذا كان العمل موسميا » .

والمادة ٧٢ من قانون العمل تنص على ما ياتى :

« اذا كان العقد محدد المدة واستمر الطرفان فى تنفيذه بعد انقضاء مدته ، اعتبر العقد مجددا لمدة غير محددة » .

ويعتبر التجديد لمدة غير محددة ايضا ولو حصل بتعاقد جديد يشمل شروطا جديدة .

ويستثنى من ذلك الاعمال العرضية والمؤقتة والموسمية .

ولا تسرى الاحكام المتقدمة على عقود عمل الاجانب » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٤٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٢٢ و ١٢٣ .

فبمقتضى الفقرة الثانية من المادة المقترحة اذا تجدد العقد معين المدة فانه يتحول الى عقد غير معين المدة ، وذلك سواء كان التجديد صريحا او ضمنيا . فقد رؤى ان يضاف الى حكم التقنين المدنى الحالى ما زاد عليه فى قانون العمل . وذلك لتوقى ما قد يحصل من تحايل صاحب العمل عن طريق استخدام العمال فترات متقطعة بعقود محددة المدة تنتهى بانتهاء مدتها تهربا من قيود انتهاء العقد غير محدد المدة (انظر المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٦٢ ، النشرة التشريعية مايو ١٩٦٢ ص ١١٨٢) .

وبهذا فان حكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقضى به قانون العمل .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩١٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٧٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١/٢٨٨ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى ينتهى عقد العمل بانقضاء مدته . كذلك يتجدد العقد تجديدا ضمنيا اذا استمر الطرفان فى تنفيذه بعد انقضاء مدته ، ولكن لمدة مماثلة وليس لمدة غير معينة . وهذا الحل يتفق مع الاصل فى تجديد العقد . اما التجديد الصريح ، فيكون لمدة مماثلة، ما لم يشترط غير ذلك .

(مادة ٦٨٥)

١ - اذا ابرم العقد لتنفيذ عمل معين ، انتهى بانتهاء العمل المتفق عليه .

٢ - فاذا استمر الطرفان فى تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه ، اعتبر العقد قد تجدد تجديدا ضمنيا المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة اخرى .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٨٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - اذا ابرم العقد لتنفيذ عمل معين ، انتهى بانقضاء العمل المتفق عليه .

٢ - فاذا كان العمل قابلا بطبيعته لان يتجدد ، واستمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه ، اعتبر العقد قد تجدد تجديدا ضمنا المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة اخرى » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بحيث حذف منها العبارة الاولى التى تقول : « فاذا كان العمل قابلا بطبيعته لان يتجدد » . وذلك لان اشتراط قابلية العمل للتجدد شرط لا جدوى منه (قارن مع ذلك المذكرة الايضاحية للمادة القابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٤٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص١٢٥) .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة ٧١/ اولا (ج) من قانون العمل التى تنص على ما ياتى :

« تنقضى علاقة العمل لاحد الاسباب الآتية :

اولا : (ج) انتهاء العمل العرضى أو المؤقت » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩١٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٨٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١/٨٢٨ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى ينتهى عقد العمل بانتهاء العمل المتفق عليه . كذلك يتجدد العقد تجديدا ضمنيا اذا استمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه ، وذلك للمدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة اخرى . وهذا يتفق مع الأصل فى التجديد الضمنى ، سواء فى القانون الوضعى أو فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٦٨٦)

١ - اذا لم تعين مدة العقد بالاتفاق او بنوع العمل او بالغرض منه ، جاز لكل من المتعاقدين انهاء العقد . ويجب فى استعمال هذا الحق ان يسبقه اخطار .

٢ - ومدة الاخطار تحددها القوانين الخاصة ، والا فيتبع فى شأنها ما ينص عليه العقد او يقضى به العرف الجارى فى الجهة او فى المهنة ، فان لم يوجد اتفاق او عرف تولى القاضى تحديد مدة معقولة للاخطار فى ضوء الظروف وخاصة طبيعة عمل العامل ومركزه ومدة خدمته .

٣ - وكل شرط فى عقد العمل غير المعين المدة ، يعدل مواعيد الاخطار التى حددتها القوانين أو العرف ، يكون باطلا ولا يعمل به الا اذا كان فى مصلحة العامل .

هذه المادة تقابل النصوص الآتية :

(١) المادة ٦٩٤ فقرة ثانية من التقنين المدنى الحالى التى تنص على ما يأتى : « فان لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل او بالغرض منه ، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الاخر . ويجب فى استعمال هذا الحق ان يسبقه اخطار . وطريقة الاخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة » .

(٢) المادة ٩٦٠ فقرة رابعة من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اما طريقة الاخطار ومدته فتبينهما القوانين الخاصة ، أو يتبع فى شأنها العرف الجارى فى الجهة أو فى المهنة » .

(٣) المادة ٩٦٠ فقرة خامسة من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « كل شرط فى عقد العمل غير المحدد المدة ، يعدل مواعيد الاخطار التى حددتها القوانين أو العرف ، يكون باطلا ولا يعمل به الا اذا كان فى مصلحة العامل » .

والمادة ٩٦٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تقابل المادة ٦٩٤ من هذا التقنين .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٦٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٦٣ .

ويلاحظ ان قانون العمل الحالى ، على خلاف القانون السابق ، لم يرد فيه نص يتعلق بعقد العمل غير المعين المدة وحق كل من الطرفين فى انهائه بارادته المنفردة . وانما عنى ببيان أن العامل لا يجوز فصله الا فى الحالات التى يخل فيها بأحد التزاماته ، وهى الحالات التى يجوز فيها فسخ عقد العمل من جانب صاحب العمل . وهذا يسرى على عقد العمل سواء كان معين المدة أو غير معين المدة .

فقد نصت المادة ٦١ من قانون العمل على انه « لايجوز فصل العامل الا اذا ارتكب خطأ جسيما . ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية : ... » .

ومقتضى هذا ان العقود غير المعينة المدة الخاضعة لقانون العمل لا يجوز لصاحب العمل انهاؤها بارادته المنفردة ، ما دام ان ليس هناك اخلال من جانب العامل بالتزاماته يبرر الفسخ طبقا للمادة ٦١ من هذا القانون .

وعليه فان المادة المقترحة يقتصر نطاق تطبيقها على عقود العمل التى تخضع للتقنين المدنى دون العقود التى تخضع لقانون العمل . وذلك باعتبار ان التقنين المدنى هو الشريعة العامة فى هذا الصدد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩١٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢/٨٢٨ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى يعتبر العقد غير معين المدة عقدا غير لازم ، فيكون لكل من المتعاقدين انهاؤه مع الاخطار . اذ القاعدة ان العقد لا ينتهى فى هذه الحالة الا باعلام المتعاقد الآخر ، كما جاء فى قواعد ابن رجب (القاعدة رقم ٦٢ ص ١١٧) .

اما ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فيقصد به حماية مصلحة كل من الطرفين ، وهو مقصد تهتم به الشريعة الاسلامية .

(مادة ٦٨٧)

١ - اذا كان العقد قد ابرم لمدة غير معينة ، وانهاه احد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الاخطار ، او قبل انقضاء هذا الميعاد ، لزمه ان يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد او عن المدة الباقية منه . ويشمل التعويض ، فوق الأجر المحدد الذى كان يستحق خلال هذه المدة ، جميع ملحقات الأجر التى تكون ثابتة ومعينة ، مع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة .

٢ - واذا انهى العقد بتعسف من احد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر ، الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الاخطار ، الحق فى تعويض ما اصابه من ضرر بسبب انهاء العقد انهاء تعسفيا .

٣ - ويكون باطلا كل اتفاق على تعديل ما يترتب من اثر ومن جزاء على انهاء العقد دون اخطار او على انهائه انهاء تعسفيا ، ما لم يكن هذا التعديل فى مصلحة العامل .

هذه المـادة تقابل النصـوص الآتية :

(ا) المـادة ٦٩٥ من التقنين المدنى الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان عقد العمل قد ابرم لمدة غير معينة ، ونقضه احد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الاخطار ، او قبل انقضاء هذا الميعاد ، لزمه ان يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد او عن المدة الباقية منه . ويشمل التعويض فوق الاجر المحدد الذى كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الاجر التى تكون ثابتة ومعينة ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة .

٢ ــ واذا فسخ العقد بتعسف من احد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر ، الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة الاخطار ، الحق فى تعويض ما اصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا . ويعتبر الفصل تعسفيا اذا وقع بسبب حجوز اوقعت تحت يد رب العمل ، او وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون هذا العامل قد التزم بها للغير » .

(ب) المـادة ٤/٩٦١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ويكون باطلا كل اتفاق على تعديل ما يترتب من اثر ومن جزاء على انهاء العقد دون اخطار او على انهائه تعسفيا ، مالم يكن هذا التعديل فى مصلحة العامل ، وذلك فيما عدا الحالة المنصوص عنها فى المادة ٩٦٣ » .

والمـادة ٩٦١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تقابل المـادة ٦٩٥ من هذا التقنين .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٦١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٦٦ ــ ١٦٨ .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٩١٨ من التقنين العراقى .

واستحقاق التعويض طبقا للمادة المقترحة هو ما يراه الفقه الاسلامى . اذ القاعدة فى هذا الفقه ان « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على احد المتعاقدين او غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز . ولم ينفذ الا ان يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه » (قواعد ابن رجب : القاعدة الستون ص ١١١) .

(مادة ٦٨٨)

١ ــ يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفى ولو لم يصدر هذا الفصل من صاحب العمل ، اذا كان هذا الاخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الاخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد الى ان يكون هو فى الظاهر الذى انهى العقد .

٢ ــ ونقل العامل الى مركز اقل ميزة او ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملا تعسفيا بطريق غير مباشر اذا اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك اذا كان الفرض منه الاساءة الى العامل .

٣ ــ ويراعى القاضى فى تقدير التعويض عن الفصل التعسفى العرف الجارى وطبيعة الاعمال التى تم التعاقد عليها ، ومدة خدمة العامل او المستخدم مع مقارنتها بسنه ، وما استقطع منه او دفعه من مبالغ لحساب التقاعد ، وبوجه عام جميع الظروف التى قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه .

الفقرتان الاولى والثانية من هذه المـادة تطابقان المـادة ٦٩٦ من التقنين الحالى . والفقرة الثالثة منها مستمدة من المـادة ٩٦٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (تقابل المـادة ٦٩٦ من التقنين الحالى) التى تنص على ما يأتى : « على القاضى ان يراعى فى جواز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفى ، وفى تقدير هذا التعويض ، العرف الجارى وطبيعة الاعمال التى تم التعاقد عليها ، ومدة خدمة العامل او المستخدم مع مقارنتها بسنه ، وما استقطع منه او دفعه من مبالغ لحساب المعاش ، وبوجه عام جميع الظروف التى قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه » .

وقد نصت المـادة ٣٧ من قانون العمل على ما يأتى : « لايجوز لصاحب العمل ان ينقل عاملا بالاجر الشهرى الى فئة عمال المياومة او العمال المعينين بالاجر الاسبوعى او بالساعة او بالقطعة الا بموافقة العامل كتابة ، ويكون للعامل فى حالة الموافقة على نقله جميع الحقوق التى كسبها فى المدة التى قضاها بالاجر الشهرى » .

ونصت المـادة ٥٤ من هذا القانون على ما يأتى « لايجوز لصاحب العمل ان يخرج على القيود المشروطة فى الاتفاق او ان يكلف العامل بعمل غير متفق عليه الا اذا دعت الضرورة الى ذلك منعا لوقوع حادث او لاصلاح ما نشأ عنه او فى حالة القوة القاهرة ، على ان يكون ذلك بصفة مؤقتة ، وله ان يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه اذا كان لايختلف عنه اختلافا جوهريا بشرط عدم المساس بحقوقه المادية » .

ونصت المـادة ٦٦ من هذا القانون على ما يأتى « للعامل الذى يفصل من العمل بغير مبرر ان يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل ، ويقدم الطلب الى الجهة الادارية المختصة التى يقع فى دائرتها محل العمل خلال مدة لاتجاوز اسبوعا من تاريخ اخطار صاحب العمل للعامل بذلك بكتاب مسجل ، وتتخذ هذه الجهة الاجراءات اللازمة لتسوية النزاع وديا، فاذا لم تتم التسوية تعين عليها ان تحيل الطلب خلال مدة لا تتجاوز اسبوعا من تاريخ تقديمه الى قاضى الامور المستعجلة بالمحكمة التى يقع فى دائرتها محل العمل او قاضى المحكمة الجزئية المختص بشئون العمل بوصفه قاضيا للامور المستعجلة فى المدن التى انشئت او تنشأ بها هذه المحاكم ، وتكون الاحالة مشفوعة بمذكرة من خمس نسخ تتضمن ملخصا للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات الجهة الادارية المختصة .

وعلى قلم كتاب المحكمة ان يقوم فى ظرف ثلاثة ايام من تاريخ احالة الطلب الى المحكمة بتحديد جلسة لنظر طلب وقف التنفيذ فى ميعاد لايتجاوز اسبوعين من تاريخ تلك الاحالة ويخطر بها العامل وصاحب العمل والجهة الادارية المختصة ويرافق الاخطار صورة من مذكرة هذه الجهة ، ويكون الاخطار بكتاب مسجل .

وعلى القاضى ان يفصل فى طلب وقف التنفيذ فى مدة لا تجاوز اسبوعين من تاريخ اول جلسة ويكون حكمة نهائيا ، فاذا امر بوقف التنفيذ الزم صاحب العمل فى الوقت ذاته ان يؤدى الى العامل مبلغا يعادل اجره من تاريخ فصله ؛ وعلى القاضى ان يحيل القضية الى المحكمة المختصة التى يقع فى دائرتها محل العمل او المحكمة المختصة لنظر شئون العمال فى المدن التى توجد بها هذه المحاكم ، وعلى هذه المحكمة ان تفصل فى الموضوع بالتعويض اذا كان له محل وذلك على وجه السرعة خلال مدة لا تجاوز شهرا من تاريخ اول جلسة ، واذا لم يتم الفصل فى الدعوى الموضوعية خلال المدة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ، جاز لصاحب العمل بدلا من صرف الأجر للعامل ان يودع مبلغا يعادل الأجر خزانة المحكمة حتى يفصل فى الدعوى .

وتخصم المبالغ التى يكون العامل قد استولى عليها تنفيذا احكم قاضى الامور المستعجلة او من خزانة المحكمة من مبلغ التعويض الذى يحكم له به او من اية مبالغ اخرى تكون مستحقة له . ويجب على المحكمة ان تقضى باعادة العامل المفصول الى عمله اذا كان فصله بسبب نشاطه النقابى .

ويكون عبء اثبات ان الفصل لم يكن لذلك السبب على عاتق صاحب العمل .

وتطبق القواعد الخاصة باستئناف الاحكام المنصوص عليها فى القوانين المعمول بها على الاحكام الصادرة فى الموضوع ، ويكون ميعاد الاستئناف عشرة ايام ، وعلى المحكمة ان تفصل فيه خلال مدة لا تجاوز شهرا من تاريخ اول جلسة » .

ونصت المادة ٦٧ من هذا القانون على ماياتى : « اذا نسب الى العامل ارتكاب جناية او جنحة مخلة بالشرف او الامانة او الاداب العامة او اى جنحة داخل دائرة العمل ، جاز لصاحب العمل وقفه احتياطيا وعليه ان يعرض الامر على اللجنة المشار اليها فى المادة ٦٢ خلال ثلاثة ايام من تاريخ الوقف .

وعلى هذه اللجنة ان تبت فى الحالة المعروضة خلال اسبوع من تاريخ تقديم الطلب اليها ، فاذا وافقت على الوقف يصرف للعامل نصف اجره ، اما فى حالة عدم الموافقة على الوقف يصرف اجر العامل كاملا .

فاذا رات السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة او قضى ببراءته ، وجب اعادته الى عمله ، والا اعتبر عدم اعادته فصلا تعسفيا .

واذا ثبت ان اتهام العامل كان بتدبير صاحب العمل او وكيله المسئول ، وجب اداء باقى اجره عن مدة الوقف ، ويجب على السلطة المختصة او المحكمة اذا ما تبين لها هذا التدبير ان تشير اليه فى قرارها او حكمها .

وكذلك يستحق العامل باقى اجره عن مدة الوقف اذا حكم ببراءته .

وفى هذه الحالة يتعين صرف نصف اجره لحين صدور قرار اللجنة .

فاذا صدر قرار اللجنة بعدم الموافقة على الفصل او الانهاء ، وجب اداء النصف الآخر من الاجر للعامل فور عودته ، ولا يترتب على الوقف المساس بحقوق العامل التى يقررها له القانون والعقد .

ولايعتبر الوقف فى هذه الحالة عقوبة تاديبية سواء وافقت اللجنة على الفصل او الانهاء او لم توافق عليه » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٩١٩ و ٩٢١ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة ان الأمور تضاف الى اسبابها الحقيقية دون الظاهرة . فاذا كان صاحب العمل بسلوكه قد دفع العامل الى انهاء العقد ، فان هذا الانهاء ينسب الى صاحب العمل .

اما الفقرة الثانية فسندها أن الامور تؤخذ بحسب القصد منها .

واما الفقرة الثالثة فسندها ان التعويض يكون بقدر الضرر .

(مادة ٦٨٩)

١ - لا ينفسخ عقد العمل بوفاة صاحب العمل ، ما لم تكن شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد ، ولكن ينفسخ العقد بوفاة العامل .

٢ - ويراعى فى انهاء العقد لوفاة العامل او لمرضه مرضا طويلا او لعجزه عن اداء عمله او لسبب قاهر آخر من شانه ان يمنع العامل من الاستمرار فى العمل الأحكام التى نصت عليها القوانين الخاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٦٩٧ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « انهاء » بكلمة « فسخ » واضافة عبارة او « لعجزه عن اداء عمله » فى الفقرة الثانية .

وقد نصت المادة ٥٠ من قانون العمل ، بعد ان ذكرت مدة الاجازة المرضية التى يحق العامل الحصول عليها اذا ثبت مرضه ، على انه « لا يجوز لصاحب العمل انهاء خدمة العامل بسبب المرض الا بعد استنفاد المدة المشار اليها » .

ونصت المادة ٩١ من هذا القانون على انه « استثناء من حكم المادة السابقة يمنح العامل المريض بالدرن او الجذام او بمرض عقلى او باحد الامراض المزمنه اجازة مرضية باجر كامل الى ان يشفى او تستقر حالته استقرارا يمكنه من العودة الى مباشرة عمله او يتبين عجزه عجزا كاملا عن مزاولة اية مهنة او عمل .

ويصدر بتحديد هذه الأمراض قرار من وزير الدولة للصحة بالاتفاق مع وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب » .

ونصت المادة ٥٢ من هذا القانون على انه « مع عدم الاخلال باحكام قانون التامين الاجتماعى تثبت عدم اللياقة للخدمة صحيا قرار من الجهة الطبية المختصة ، وللعامل ان يثبت عكس ذلك بشهادة طبية ، وفى هذه الحالة يجوز لاى الطرفين ان يطلب من الجهة الادارية المختصة احالة الموضوع الى لجنة تحكيم طبى ينظم تشكيلها واجراءات عرض النزاع عليها وتقدير الرسوم المستحقة التى لا يزيد حدها الاقصى على مائة قرش قرار من وزير الدولة للقوى العاملة بالاتفاق مع الوزير المختص .

وعلى الجهة الادارية المختصة اخطار كل من العامل وصاحب العمل او المنشأة بنتيجة التحكيم الطبى فور وصوله اليها ، وعلى كل من الطرفين تنفيذ ما يترتب على قرار التحكيم من التزامات .

وفى جميع الاحوال لا يجوز فصل العامل او انهاء عقده لعدم اللياقة الصحية الا طبقا لما ينص عليه قانون التامين الاجتماعى المعمول به » .

ونصت المادة ٧١ من هذا القانون على انه « تنقضى علاقة العمل لاحد الاسباب الاتية :

ثانيا : وفاة العامل حقيقة او حكما . ويكون تقرير وفاة العامل حكما بموجب حكم قضائى نهائى .

رابعا : عجز العامل عجزا كليا عن اداء عمله الاصلى او عجزه عجزا جزئيا مستديما متى ثبت عدم وجود اى عمل آخر ، على ان يثبت عدم وجود العمل الآخر طبقا لاحكام قانون التامين الاجتماعى» .

ونصت المادة ٧٣ من هذا القانون على انه « اذا توفى العامل وهو فى الخدمة يصرف صاحب العمل لاسرته مايعادل اجر شهرين كاملين لمواجهة نفقات الجنازة بحد ادنى قدره خمسون جنيها ، كما يصرف منحة تعادل اجر العامل كاملا عن الشهر الذى توفى فيه والشهرين التاليين له طبقا لقواعد قانون التامين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ .

كما يلتزم صاحب العمل بنفقات تجهيز ونقل الجثة الى الجهة التى استقدمه منها ، ما لم تطلب أسرته نقله الى جهة أخرى وعلى نفقتها ويخصم ماتحمله صاحب العمل من مصروفات الجنازة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة » .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٢٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٣٠ من التقنين الاردنى .

وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل محل اجماع فى الفقه الاسلامى لتعذر استيفاء المنفعة . وقد نصت المادة ٥٥١ من مجلة الاحكام الشرعية على ان «تنفسخ الاجارة بتلف المعقود عليه قبل التمكن من استيفاء النفع . مثلا او استاجر خادما لمدة معلومة ، فمات الخادم ، تنفسخ الاجارة » .

ولاينفسخ عقد العمل بموت صاحب العمل ، ما لم يكن شخصيته قد روعيت فى ابرام العقد . وقد نصت المادة ٦٠١ من مرشد الحيران على انه « اذا ماتت الظئر او مات رضيعها انفسخت الاجارة ، ولا تنفسخ بموت والد الرضيع » .

(مادة ٦٩٠)

١ - لاتسمع الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدا من وقت انتهاء العقد ، الا فيما يتعلق بالعمالة ، والنسب المئوية من الارباح أو الايراد أو مقدار الانتاج أو ماشاكل ذلك ، فان المدة فيها لا تبدا الا من الوقت الذى يسلم فيه صاحب العمل الى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد .

٢ - ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الاسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى الى ضمان احترام هذه الاسرار .

هذه المادة تقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدا من وقت انتهاء العقد ، الافيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الارباح والنسب المئوية فى جملة الايراد ، فان المدة فيها لا تبدا الا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل الى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد .

٢ - ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الاسرار التجارية او بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى الى ضمان احترام هذه الاسرار » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة بالاخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذى اعتمده المشروع بدلا من نظام سقوط الحق او الدعوى بالتقادم الذى اخذ به التقنين الحالى .

كما استبدلت عبارة « والنسب المئوية من الأرباح او الايراد او مقدار الانتاج أو ماشاكل ذلك » بعبارة « والمشاركة فى الارباح والنسب المئوية فى جملة الايراد » ، وذلك للتنسيق بين عبارة هذه المادة والعبارة الواردة فى المادة ٦٧٤ من المشروع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٣١ من التقنين الأردنى .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ٩٢٥ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة مبدا عدم سماع الدعوى بمرور الزمان قطعا للخصومة فى أقل وقت ممكن .

الفصل الثالث

الوكالة

(١) اركان الوكالة

(مادة ٦٩١)

الوكالة عقد يقوم الوكيل بمقتضاه بتصرف قانونى لحساب الموكل.

هذه المادة تقابل المادة ٦٩٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » .

ويؤخد على نص التقنين الحالى انه يعرف عقد الوكالة بالتزام يقع على عاتق الوكيل ، مع ان الالتزام اثر للعقد . ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه ، كما سبق القول . والعملية القانونية المقصودة من عقد الوكالة هى ان يقوم الوكيل بتصرف قانونى لحساب الموكل . حيث يرتب عقد الوكالة التزاما او اكثر بهدف تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد ، وهو ابرام التصرف القانونى ، والعنصر الجوهرى فيه ، وهو أن يكون ابرام التصرف لحساب الموكل .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٧٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٩٠ – ١٩٢ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٢٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٣٣ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الكويتى .

والتعريف المقترح لا يخرج عما ذكره الفقه الاسلامى فى تعريف الوكالة :

فقد نصت المادة ١٤٤٩ من المجلة على ان « الوكالة تفويض احد امره الى آخر واقامته مقامه » .

ونصت المادة ٨٩٢ من مرشد الحيران على ان « التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم » .

ونصت المادة ٩٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ان « الوكالة اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم يباشره الوكل بنفسه » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان الوكالة جائزة شرعا بالكتاب والسنة والاجماع . انظر هذه المذكرة . وراجع : ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٥ – ٤١٧ . فتح القدير ج ٦ ص ٢ و ٣ .

ونصت المادة ٣٤٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ان « الوكالة نيابة شخص لغيره فى حق قابل للنيابة فيه بما يدل عليه عرفا » .

(مادة ٦٩٢)

يجب ان يكون الموكل أهلا لابرام التصرف الذى وكل فيه .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ١/٩٧٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يجب ان يكون الموكل اهلا ان يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه » .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٩١ و ١٩٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/٩٣٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١/٨٣٤ (أ) من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦٩٩ من التقنين الكويتى .

وحكمها هو ما يقول به الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٤٥٧ من المجلة على انه « يشترط أن يكون الموكل مقتدرا على ايفاء الموكل به ... » .

ونصت المادة ٨٩٣ من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به » .

ونصت المادة ٩٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على انه « يشترط فى الموكل أن يكون اهلا للتصرف فيما وكل به ، وفى الوكيل ان يكون عاقلا » (راجع : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠) .

(مادة ٦٩٣)

يجب ان يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٧٠٠ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٧٠٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٧٥) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٩٠ – ١٩٢ .

وحكم المادة المقترحة يقره الشرع الاسلامى ، مادام انه يحول دون الهروب من الشكلية التى لم يفرضها الشارع الا لحماية مصلحة مشروعة .

(مادة ٦٩٤)

١ ـ الوكالة الواردة فى الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع التصرف القانونى محل الوكالة ، لا تخول الوكيل صفة الا فى أعمال الادارة .

٢ ـ ويعد من أعمال الادارة الايجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنين وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها ايضا كل عمل من اعمال التصرف تقتضيه الادارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة او المنقول الذى يسرع اليه التلف وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة من ادوات لحفظه ولاستغلاله .

هذه المادة تطابق المادة ٧٠١ من التقنين الحالى ؛ مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى منها .

وتتفق مع المادة ٧٠١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ٨٢٧ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٣١ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٧٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٩٧ ـ ١٩٩

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامى ، انظر ما سيأتى تحت المادة التالية .

(مادة ٦٩٥)

١ ـ لابد من وكالة خاصة فى كل تصرف ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص فى التبرعات والبيع والصلح والرهن والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء .

٢ ـ وتصح الوكالة الخاصة فى نوع معين من انواع التصرفات القانونية ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص ، الا اذا كان التصرف من التبرعات .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٠٢ فقرة اولى وثانية من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من اعمال الادارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء .

٢ ـ والوكالة الخاصة فى نوع معين من انواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٧٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٩٧ ـ ١٩٩ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٨٣٨ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى تنقسم الوكالة الى وكالة عامة ووكالة خاصة . فالوكالة العامة ، ويقال لها الوكالة المفوضة ، تشمل جميع التصرفات ، حتى أعمال التبرع على خلاف فى الرأى . والوكالة الخاصة يتم فيها تعيين التصرف محل الوكالة . فاذا لم تنطو الوكالة على تفويض للوكيل او تعيين للتصرف ، فانها تكون باطلة فى راى ، وتقتصر على أعمال الحفظ فى راى آخر . وفيما يلى بعض النصوص فى هذا الصدد :

فقد نصت المادة ٣٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « الوكالة نوعان : وكالة مفوضة ، وهى تفويض التصرف للوكيل فى كل ما تصح النيابة فيه من الحقوق المالية وغيرها ، الا ما استثناه الموكل منها أو دل العرف على عدم اندراجه فيها . ووكالة خاصة ، وهى تعيين التصرف للوكيل فى شىء خاص بنص او عرف . فان لم تقيد الوكالة بتفويض ولا بتعيين فانها تكون باطلة » .

وجاء فى ايضاح هذه المادة ما يأتى : « الوكالة المفوضة كقول الموكل للوكيل وكلتك وكالة مفوضة أو فى جميع امورى . وما دل العرف على عدم اندراجه فيها ، كالطلاق والنكاح وبيع ما يحتاج اليه الموكل. فان العرف يدل على عدم اندراج هذه الأشياء تحت عموم الوكالة . وانما يفعلها الوكيل بتوكيل خاص . ويسمى الوكيل فى هذا النوع بالوكيل المفوض .

والوكالة الخاصة بالنص كقوله وكلتك على بيع دارى هذه او على تزويج ابنتى فلانه .

والوكالة الخاصة بالعرف كقوله وكلتك على بيع دوابى ، وكان العرف يقتضى تخصيصها اى قصرها على دواب التجارة دون دواب القنية بكسر القاف وضمها ، ويسمى الوكيل فى هذا النوع بالوكيل الخاص .

والوكالة المطلقة اى التى لم تقيد بتفويض ولا بتعيين كقوله وكلتك او انت وكيلى بدون ذكر الموكل فيه . وما جرينا عليه فى النص من بطلان الوكالة المطلقة هو قول ابن بشير ، وهو الذى جرت عليه المراجع التى بأيدينا . وقال ابن يونس وابن رشد بصحتها وحملها على الوكالة العامة . والقول الأول اظهر ، لأن الوكالة المطلقة لا تدل عرفا على شىء » .

المراجع : القوانين الفقهية ص ٢١٥ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٢ ص ٢٤٢ .

ونصت المادة ٩٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على ما يأتى : « الوكالة اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم يباشره الموكل بنفسه » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « التوكيل خاص ، وعام كانت وكيل فى كل شىء عم الكل حتى الطلاق ، قال الشهيد وبه يفتى .

وخصه ابو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف ، واعتمده فى الاشباه . وخصه قاضيخان بالمعاوضات . فلا يلى العتق والتبرعات : وهو المذهب كما فى تنوير البصائر ، وزواهر الجواهر وبه يفتى ، واعتمده فى الملتقط نقال : واما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند ابى حنيفة خلافا لمحمد .

والتوكيل يكون فى تصرف معلوم ، فلو جهل التصرف ثبت الادنى وهو الحفظ ، كان يقول : وكلتك بمالى .

المراجع : ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٥ — ٤١٧ — فتح القدير ج ٦ ص ٢ و ٣ .

ونصت المادة ١٤٥٩ من المجلة على ما يأتى : « يصح ان يوكل احد غيره فى الخصوصات التى يقدر على اجرائها بالذات وبايفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات . مثلا لو وكل احد غيره بالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان والايداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والابراء والاقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وايفاء الديون واستيفائها وقبض المال ، يجوز ، ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوما » .

ونصت المادة ٨٩٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غيره توكيلا مطلقا مفوضا بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم » .

ونصت المادة ٩٠٠ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يصح تفويض الرأى للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص » .

(مادة ٦٩٦)

لا تخول الوكالة الوكيل صفة الا فى مباشرة الامور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الامور مع توابع ضرورية وفقا لما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين ولطبيعة كل امر وللعرف الجارى .

هذه المادة تقابل الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة الا فى مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل امر وللعرف الجارى » .

وقد عدلت هذه المادة باطلاق الحكم فيها ، لان حكمها لا ينطبق فحسب على الوكالة الخاصة فى أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات ، بل ينطبق كذلك على الوكالة الخاصة فى عمل من أعمال الادارة والوكالة العامة فى جميع أعمال الادارة . فهو ينطبق على الوكالة بوجه عام ، سواء كانت وكالة خاصة أو وكالة عامة .

واضيف اليها ما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين ، لانها اول مايرجع اليه فى تحديد ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من تصرفات واعمال ضرورية .

وعدلت تعديلا لفظيا فى بدايتها على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٠٣ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى : وقد نصت المادة ٩١٢ من مرشد الحيران على أنه « اذا قيدت الوكالة بقيد ، فليس للوكيل بالشراء مخالفته الا اذا كان خلافا الى خير » .

(٢) آثار الوكالة

١ — التزامات الوكيل

(مادة ٦٩٧)

١ — يجب على الوكيل أن يلتزم فى تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة ، فلا يجاوز هذه الحدود الا اذا كان فى ذلك نفع اكبر لمصلحة الموكل .

٢ — على أن للوكيل ان يخرج فى تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف . وعليه فى هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٠٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون ان يجاوز حدودها المرسومة .

٢ — على ان له ان يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » .

وقد عدلت صياغة الفقرة الاولى من هذه المادة بحيث اضيف فيها ما يفيد ان للوكيل ان يجاوز حدود الوكالة اذا كان فى هذه المجاوزة نفع اكبر لمصلحة الموكل . وهذا حكم بديهى يؤخذ به فى ظل نص التقنين الحالى . كما لو وكل شخص آخر فى بيع منزل بثمن معين ، فباع الوكيل المنزل بثمن أعلى ، حيث يصح ذلك وتكون الزيادة من حق الموكل .

كما ادخلت تعديلات لفظية على الفقرة الثانية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٧٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص٢٠٦–٢٠٨ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٣٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧٠٤ من التقنين الكويتى .

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ٨٤٠ من التقنين الأردنى .

واحكام المادة المقترحة تتفق جميعها مع احكام الفقه الاسلامى .

ففى خصوص الفقرة الاولى من المادة المقترحة :

نصت المادة ١٤٧٩ من المجلة على ما يأتى : « اذا قيدت الوكالة بقيد ، مليس للوكيل مخالفته . فان خالف لا يكون شراؤه نافذا فى حق الموكل ويبقى المال الذى اشترى عليه . ولكن اذا خالف بصورة فائدتها ازيد فى حق الموكل ، فلا تعد مخالفة معنى . مثلا لو قال احد اشتر لى الدار الفلانية بعشرة الاف ، واشتراها الوكيل بازيد ، فلا يكون شراؤه نافذا فى حق الموكل ، وتبقى الدار عليه . واما اذا اشتراها بانقص ، فيكون قد إشتراها للموكل . كذلك لو قال اشترى نسيئة واشترى الوكيل نقدا ، يبقى المال على الوكيل . وأما لو قال اشترى نقدا واشترى الوكيل نسيئه ، يكون قد اشتراه للموكل » .

ونصت المادة ١٥٠١ من المجلة على ما يأتى : « ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل اذا قال له الموكل بع بالكفيل او بالرهن . »

ونصت المادة ١٤٩٥ من المجلة على ما يأتى : « ليس للوكيل ان يبيع بانقص مما عينه الموكل ، يعنى اذا كان الموكل قد عين ثمنا فليس للوكيل ان يبيع بانقص من ذلك ، واذا باع فينعقد البيع موقوفا على اجازة موكله . ولو باعه بنقصان الثمن بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشترى ، فللموكل أن يضمنه ذلك المال » .

ونصت المادة ١٤٧٠ من المجلة على ما يأتى : « اذا خالف الوكيل فى الجنس ، يعنى لو قال الموكل اشتر من الجنس الفلانى واشترى الوكيل من غيره فلا يكون نافذا فى حق الموكل وان كانت فائدة الشىء الذى اشتراه ازيد ، يعنى يبقى المال الذى اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشترى للموكل » .

ونصت المادة ٩١٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا قيدت الوكالة بقيد ، فليس للوكيل بالشراء مخالفته الا اذا كان خلافا الى خير . فان عين الموكل الثمن ، واشترى الوكيل باكثر منه ، فلا ينفذ على موكله مطلقا سواء كان وكيلا بشراء معين او غير معين . وان اشترى باقل منه ، فان كان وكيلا بشراء معين نفذ على الموكل ، وان كان وكيلا بشراء غير معين فلا ينفذ على الموكل ما لم تكن قيمة ما اشتراه قدر الثمن المعين او يكون قد وصفه له بصفة فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن المعين فانه ينفذ على الموكل » .

ونصت المادة ٩١٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا عين الموكل قدر الثمن لوكيله بشراء معين وامره ان يشتريه به حالا ، فاشتراه به نسيئة ، لزم الموكل . ولو امره أن يشترية نسيئة ، فاشتراه به حالا لزم الوكيل .

وان عين قدر الثمن لوكيله بشراء غير معين ، وامره ان يشترى به حالا فاشترى به نسيئة ، لزم الوكيل . ولو امره ان يشتريه نسيئة فاشترى به حالا ، لزم الموكل . وأن كان السعر معروفا عند الناس ، كثمن الخبز واللحم ، فلا ينفذ على الموكل الا بثمن المثل » .

ونصت المادة ٩٢٤ من مرشد الحيران على ما يأتى : « الوكيل بالبيع ان ياخذ رهنا او كفيلا على المشترى بما باعه منه نسيئة ولو لم يأمره الموكل بذلك . وان امره الموكل ان لا يبيع نسيئة الا برهن او كفيل ، فليس له مخالفته ، وان خالف لا ينفذ بيعه على الموكل » .

ونصت المادة ١٢٣٢ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : « الوكيل فى البيع بثمن مؤجل لو باع به حالا صح ما لم ينهه ، وكذا الوكيل بالشراء بثمن حال لو اشترى به مؤجلا ما لم ينهه » .

ونصت المادة ١٢٣٣ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : « بيع الوكيل بثمن زائد عن ثمن المثل او عما قدره له الموكل صحيح والزائد للموكل » .

ونصت المادة ١٢٣٦ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : « شراء الوكيل باقل من الثمن المقدر او من ثمن المثل صحيح الا اذا نهاه الموكل ، وكذا شراؤه باكثر من ذلك ولكن يضمن ما زاد عنها » .

وفى خصوص الفقرة الثانية من المادة المقترحة :

نصت المادة ١٢٤١ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : « الوكيل فى البيع لشخص معين لا يصح بيعه لغيره الا ان علم الوكيل ولو بقرينة الا غرض للموكل فى المعين » .

(مادة ٦٩٨)

١ – يجب على الوكيل ان يبذل فى تنفيذ الوكالة عناية الشخص العادى .

٢ – ومع ذلك ، اذا كانت الوكالة بغير اجر ، وجب على الوكيل ان يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون ان يكلف فى ذلك ازيد من عناية الشخص العادى .

٣ – ولا يجوز الاتفاق على مايخالف هذه الأحكام .

هذه المادة تقابل المادة ٤٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كانت الوكالة بلا اجر ، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى اعماله الخاصة ، دون ان يكلف فى ذلك ازيد من عناية الرجل المعتاد .

٢ ــ فان كانت باجر ، وجب على الوكيل ان يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ــ جعلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة فى هذا الصدد ، باعتبار ان الأصل فى الوكالة أن تكون مأجورة بحسب ما أخذ به المشروع فى المادة ٧٠٤ منه .

٢ ــ صيغت الفقرة الثانية باعتبار ان الوكالة غير المأجورة تاتى استثناء من الاصل .

٣ ــ اضيفت فقرة ثالثة تقضى بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف قواعد المسئولية فى الفقرتين السابقتين . حيث اخذ بعكس الحكم المستقر فقها والذى يقضى بأن القواعد فى مسئولية الوكيل لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . فبمقتضى الفقرة المضافة لا يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية الوكيل ، كان يشترط الموكل عليه ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها ، فيكون الوكيل مسئولا عن الخسارة حتى لو كان سببها قوة قاهرة . ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية ، كما لو كانت الوكالة مأجورة ، واشترط الوكيل الا يكون مسئولا الا عن عنايته الشخصية بشرط الا تزيد عن عناية الشخص العادى . ولا يجوز الاعفاء من هذه المسئولية ، كان يشترط الوكيل عدم مسئوليته عن خطئه . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة او على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . اذ ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٧٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٠٧ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٣٤ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٧٠٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٨٤١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧٠٥ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٧٠٤ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « يجب على الوكيل ان يفعل ما فيه مصلحة الموكل فيما وكله عليه . فاذا وكله على بيع او شراء ؛ وجب عليه ان يتحرى فى بيعه وشرائه مصلحة الموكل .
وأن يلتزم ما عينه له من ثمن أو سلعة او سوق أو زمان . ويلتزم البيع والشراء بثمن المثل عند عدم تعيين الثمن . فان اشترى شيئا معيبا مع علمه به او خالف ما عين له او خالف ثمن المثل ، خير الموكل بين قبول البيع او الشراء وبين رده . وفى حالة رده للشراء يلزم الوكيل ما اشتراه وليس له رده على بائعه الا ان يعلم البائع أن الوكيل خالف موكله فله رده عليه » . (راجع : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٠٢ و ٢٠٣) .

وجاء فى القواعد لابن رجب (القاعدة ٤٥ ص ٦٤) أن « الوكيل اذا تعدى فالمشهور أن وكالته لا تنفسخ ، بل تزول امانته ويصير هذا هو المشهور . على هذا فانما يضمن ما وقع فيه التعدى خاصة ». اذن فى التصرف مع استئمان ، فاذا زال احدهما لم يزل الآخر ، هذا هو المشهور . على هذا فانما يضمن ما وقع فيه التعدى خاصة .

(مادة ٦٩٩)

على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه فى تنفيذ الوكالة ، وان يقدم له حسابا عنها ، مالم تقض طبيعة المعاملة او الظروف او الاتفاق بغير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « على الوكيل ان يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه فى تنفيذ الوكالة ، وان يقدم له حسابا عنها » .

وقد اضيف الى هذه المادة حالات يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب . وذلك اذا كانت طبيعة المعاملة او الظروف او الاتفاق تعفى من تقديم حساب . وهذه الحالات يؤخذ بحكمها فى ظل نص التقنين الحالى .

فقد تقضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب ، اذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه . كما اذا وكل شخص شخصا آخر فى الاقرار عنه بدين ، فأمضى الوكيل الاقرار . او كانت الوكالة فى بيع شيء معين دون قبض ثمنه . او كانت الوكالة فى الزواج او فى الطلاق .

وقد تقضى الظروف بالاعفاء من تقديم حساب نظرا الى ما هنالك من صلة بين الموكل والوكيل . كما لو كانت هذه الصلة صلة زوجية أو قرابة يفهم منها أن الموكل قد اعفى الوكيل من تقديم حساب .

وقد يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب . فاذا أعطى الموكل الوكيل مخالصة ابرا فيها ذمة الوكيل دون ان يطلب منه تقديم حساب ، كان هذا اتفاقا ضمنيا على عدم تقديم حساب .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٠٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٩٣٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٥٦ من التقنين الاردنى .

وحكمها يسلم به الشرع الاسلامى لانه من مقتضيات عمل الوكيل الذى يعمل لحساب الموكل . فهذا العمل يقتضى من الوكيل أن يطلع الموكل عما وصل اليه فى تنفيذ الوكالة وان يقدم له حسابا عنها .

(مادة ٧٠٠)

ليس للوكيل ان يستعمل مال الموكل لصالح نفسه ، والا وجب عليه أن يعوض الموكل تعويضا عادلا يقدره القاضى فى ضوء الظروف الملابسة .

هذه المـادة تقابل المـادة ٧٠٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ليس للوكيل ان يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢ – وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصـالحه من وقت استخدامها ، وعليه ايضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت ان يعذر » .

وقد حذفت الفقرة الثانية من هذه المـادة جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

واضيف الى الفقرة الأولى مايفيد التزام الوكيل بأن يعوض الموكل تعويضا عادلا اذا استعمل مال الموكل لصالح نفسه . وهذا التعويض يراعى القاضى فى تقديره جميع الظروف الملابسة . اذ ان على الوكيل ان يرد كل ما كسبه لحساب الموكل سواء عمل الوكيل لحساب الموكل او عمل باسـمه الشخصى . فاذا لم يرد الوكيـل ما لديه من مال للموكل وتصرف فيـه او اسـتعمله لصـالح نفسـه ، فانه يكون قد اثرى على حساب الموكل بلا سبب ، وهذا الاثراء يكون من حق الموكل لانه ماله او ثمرة ماله . ومن ناحية اخرى ، فان الموكل فى هذه الحالة يكون قد حرم من استعمال مـاله والافادة منه ، وقد تفوته صفقة رابحة بسبب هذا الحرمان ، فيلحقه الضرر من جراء ذلك . فجميع هـذه الظروف ونحوها ممـا يلابس موقف كل من الوكيل والموكل يراعيها القاضى فى تقديره للتعويض .

وهـذا الحكم يتسـق مع ما تقضى به المـادة ٢٣٦ من المشروع التى تنص على انه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٧٠٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٩٣٧ من التقنين العراقى التى تطابق المـادة ٧٠٦ من التقنين المصرى الحالى .

وحكم المـادة المقترحة يتفق مع احكام الفقه الاسلامى . فقـد نصت المـادة ١٢١٦ من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتى : « لا تبطل الوكالة بتعدى الوكيل فى العين الموكل بالتصرف فيها . مثلا او وكله فى بيع ثوب او دابة ، فلبس الثوب او ركب الدابة ، لم تبطل الوكالة وانما يصير ضامنا بذلك » .

ونصت المـادة ٩٣٤ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا قبض الوكيل بالبيع الثمن ، كان فى يده امانة ، فلا يضمنه الا اذا تعدى عليه او قصر فى حفظه » .

(مادة ٧٠١)

١ – اذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضـامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى اصاب الموكـل نتيجة خطأ مشترك .

٢ – ومع ذلك لايسأل الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، عما فعله احدهم اذا جاوز حدود الوكالة او تعسف فى تنفيذها .

هذه المـادة تتفق مع الفقرة الأولى من المـادة ٧٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، او كان الضرر الذى اصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله احدهم مجاوزا حدود الوكالة او متعسفا فى تنفيذها » .

وقد افرد لهذا النص مادة مسـتقلة من فقرتين ، لانه يتعلق بتضامن الوكلاء فى المسئولية ، وهى مسألة تختلف عن تلك التى تتناولها الفقرة الثانية من المـادة ٧٠٧ من التقنين الحالى وهى اجتماع الوكلاء او انفرادهم بالعمل . كما ادخلت عليه تعديلات لفظية على النحـو الوارد فى المـادة المقترحة .

انظر المذكـرة الايضـاحية للمادة المقابلـة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٨٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١٣ و ١٢٤ .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٧٠٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لحكم المـادة المقترحة من قيام التضـامن بين الوكلاء على خلاف الأصل اذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام هو ما تفرضه طبيعة الاشياء . كما لو وكل شخص وكيلين فى شراء منزل معين ؛ اذ لا يتصور فى هذه الحالة ان ينفرد كل وكيل بالعمل ، لأن صفقة البيع لا تتجزأ ، ويجب على الوكيلين ان يعملا مجتمعين ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل فى جميع التزاماتهم ، سواء فى تنفيذ الوكـالة بالعنـاية الواجبة او فى تقديم الحسـاب للموكل او فى رد ما للموكل فى ايديهم .

كذلك يقوم التضامن بين الوكلاء ، فتقع عليهم المسئولية جميعا ، اذا صدر منهم خطأ مشترك أدى الى الحاق الضرر بالموكل . فماداموا قد اخطأوا جميعا ، فانهم يسألون جميعا كل منهم مسـئولية كاملة قبل الموكل ، لأن المخطىء يتحمل شرعا تبعة خطئه . والتضامن هنا على خلاف الأصل لا تفرضـه طبيعة الاشـياء ، وانما هو بمقتضى النص ، وهو امر يملكه ولى الأمر رعاية لمصلحة الموكل ، اذ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ المجلة) .

اما اذا انفرد الوكيل بفعل جاوز فيه حدود الوكالة ، او تعسف فى تنفيذها ، فانه يتحمل وحده تبعة خطئه ، حتى لو كان هنـاك تضامن بين الوكلاء . وفى هذا تقول الآية الكريمة «لاتزر وازرة وزر أخرى» .

(مادة ٧٠٢)

١ – اذا تعدد الوكلاء ، وعينوا جميعا فى عقد واحد دون ان يرخص فى انفراد أى منهم فى العمل ، كان عليهم ان يعملوا مجتمعين ، الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الراى كالوفاء بدين او رد وديعة .

٢ – واذا عين الوكلاء فى عقود متفرقة ، كان لأى منهم ان ينفرد بالعمل ، ما لم يشترط عليهم الموكل ان يعملوا مجتمعين .

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « واذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون ان يرخص فى انفرادهم فى العمل ، كان عليهم ان يعملوا مجتمعين ، الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الراى كقبض الدين او وفائه » .

ورغم ان الصورة العكسية لهذا الحكم يمكن استخلاصها من هذا النص بمفهوم المخالفة ، فقد رؤى اكمال الحكم باضافة هذه الصورة العكسية فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٨٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١٣ و ٢١٤) .

وقد ذكرت هذه المذكرة الصورتين الواردتين فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٣٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٤٢ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧٠٨ من التقنين الكويتى .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٩٠٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا وكل وكيلين بعقد واحد ، فليس لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فيما وكل به ، الا اذا كان لا يحتاج فيه الى الراى كايفاء الدين ونحوه ، او كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة ، فانه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط رأى الآخر فى الخصومة لا حضرته ، فان وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقا » .

ونصت المادة ٩٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتى : « لا يجوز تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به اذا كان توكيلهما بكلام واحد الا فى الخصومة ومع راى الآخر .

ويجوز لاحدهما ان يتصرف وحده فيما لا يختلف الراى فيه ، او كان توكيل كل منهما منفردا » .

(ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٦ و ٤٢٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٣٩ و ٢٤٠) .

ونصت المادة ٢٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يجوز لاحد الوكلاء بعقود متعددة ان يستقل بالتصرف فيما وكلوا عليه . الا ان يشترط عليهم الموكل عدم الاستقلال فلا يجوز له ان يستقل بالتصرف ولا يلزم الموكل ما يستقل به . فان وكلهم بعقد واحد ، فليس لأحدهم ان يستقل بالتصرف الا ان يجعل الموكل لهم ذلك .

واذا كان لوكلاء البيع حق الاستقلال وتعدد بيعهم الشىء واحد ، فالبيع الأول هو الذى ينفذ ان علم . الا ان يقبضه المشترى الثانى بغير علم من البائع والمشترى بالبيع الاول فانه يقضى به للمشترى الثانى . فان جهل زمن البيع او باعوا فى زمن واحد . كان المبيع مشتركا بين الجميع . الا ان يقبضه احدهم فيختص به » .

وتسرى احكام الفقرة الثانية على تعدد البيع من الموكل ووكيله بشىء واحد » .

(الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٠٧ . حاشية الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٥٣) .

ونصت المادة ١٤٦٥ من المجلة على ما يأتى : « اذا وكل احد شخصين على امر : فليس لاحدهما وحده التصرف فى الخصوص الذى وكلا به . ولكن ان كانا قد وكلا لخصومة أو لرد وديعة أو ايفاء دين فلاحدهما ان يوفى الوكالة وحده . واما اذا وكل احد آخر لامر ، ثم وكل غيره راسا على ذلك الامر ، فايهما أوفى الوكالة جاز » .

(مادة ٧٠٣)

١ – اذا اناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، دون ان يكون مرخصا له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية .

٢ – اما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون ان يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولا عن خطئه فى اختيار نائبه ، او عن خطئه فيما اصدره له من تعليمات .

٣ – ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ٧٠٨ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٩٣٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٤٣ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧١٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٨٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١٤ .

ولاحظ فى هذه المذكرة انها تقول : فى حالة ما اذا كانت الانابة غير مرخص فيها وفقا للفقرة الاولى ان الوكيل يكون « مسئولا عن خطأ نائبه

مسئولية المتبوع عن التابع » . والصحيح أن الوكيل يكون مسئولا عن خطأ نائبه مسئولية عقدية عن الغير .

وبمقتضى المادة المقترحة ، فان للوكيل ان ينيب عنه غيره اذا رخص له الموكل فى ذلك ، وله ذلك ايضا دون حاجة الى ترخيص من الموكل . ومن ثم تكون القاعدة طبقا لهذه المادة ان للوكيل ان ينيب عنه غيره ، مالم يمنعه الموكل من ذلك . فاذا منعه واناب الوكيل مع ذلك عنه غيره فان الانابة تكون باطلة .

اما فى الفقه الاسلامى ، فلا يجوز للوكيل ان ينيب عنه غيره الا باذن الموكل . فاذا اذنه الموكل اصبح نائب الوكيل وكيلا للموكل حتى أنه لا ينعزل بعزل الوكيل .

فقدنصت المادة ١٤٦٦ من المجلة على ما ياتى : « ليس للوكيل ان يوكل غيره فى الخصوص الذى وكل به ، الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برايك ، فعلى هذا الحال للوكيل أن يوكل غيره. ويصير الشخص الذى وكلة الوكيل بهذا الوجه وكيلا للموكل ولايكون وكيلا لذلك الوكيل ، حتى لا ينعزل الوكيل الثانى بعزل الوكيل الاول أو بوفاته » .

ونصت المادة ٩٠١ من مرشد الحيران على ماياتى : « اذا كان الأمر مفوضا لراى الوكيل ، جاز له ان يوكل به غيره . ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل . فلا ينعزل الوكيل الثانى بعزل الوكيل الاول ولا بوفاته » .

ونصت المادة ٩٣٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « ليس للوكيل توكيل غيره فيما وكل به ، الا اذا اذن له الموكل او فوضه الى رايه » . كما نصت المادة ٩٣٨ من هذا المشروع على ما ياتى : « اذا وكل الوكيل غيره باذن موكله ، صار الوكيل الثانى وكيلا للموكل الأول » .

(ابن عابدين ج٤ص ٤٢٨. مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٠ و ٢٤١) .

ونصت المادة ٣٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « لا يجوز للوكيل غير المفوض ان يوكل غيره على ماوكل فيه ابغير اذن موكله ، الا ان يكثر ماوكل عليه فيجوز له أن يوكل غيره على سبيل المعاونة له لا على سبيل الاستقلال بالتصرف . فان كان مفوضا ، جاز له توكيل غيره مطلقا » .

(الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٤٩. الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٤) .

ونصت المادة ١٢٢٥ من مجلة الاحكام الشرعية على ما ياتى :

« للوكيل أن يوكل غيره فيما يعجز عنه لكثرته وفيمالا يتولاه مثله بنفسه عرفا دون اذن موكله صراحة . ان اذ اذن له الموكل فى التوكيل، فله ان يوكل فيما عدا ذلك ايضا » . كما نصت المادة ١٢٢٦ من هذه المجلة على ما ياتى : « ليس للوكيل ان يوكل غير امين . فاذا وكل امينا فخان فعليه عزله ، والا كان مفرطا . لكن اذا عين له الموكل شخصا ، فيجوز توكيله مطلقا أمينا كان او خائنا » .

٢ ـ التزامات الموكل :

(مادة ٧٠٤)

١ ـ تعتبر الوكالة باجر ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من ظروف الحال .

٢ ـ ويخضع الاجر المتفق عليه للوكالة لتقدير القاضى ، الا اذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة .

هذه المادة [illegible] المادة ٧٠٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة او يستخلص ضمنا من حال الوكيل .

٢ ـ فاذا اتفق على اجر للوكالة ، كان هذا الاجر خاضعا لتقدير القاضى ، الا اذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة » .

فالاصل المقرر فى التقنين الحالى وفى غيره من التقنينات ان الوكالة تبرعية ، فلا يكون للوكيل اجر الا اذا اتفق عليه صراحة او ضمنا .

ولكن التطور اليوم ادى الى انتشار الوكالة الماجورة فى الحياة العملية ، حتى طغت على الوكالة غير الماجورة وهى التى يقوم بها القريب او الصديق مجاملة . فاصبح الواقع على عكس ما يقضى به القانون . نطبقا لهذا الواقع تكون الوكالة فى الكثرة الغالبة من الأحوال ماجورة ، ما لم يشترط او يتبين من الظروف انها غير ماجورة .

لهذا روى ، فى ضوء الواقع العملى السائد اليوم ، ان يؤخذ فى المادة المقترحة بعكس الأصل المقرر فى التقنين الحالى . فبمقتضى هذه المادة يكون الأصل فى الوكالة انها بأجر ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة او يستخلص ضمنا من ظروف الحال . فاذا اتفق صراحة على ان تكون الوكالة بغير اجر ، صارت الوكالة من عقود التبرع . ويعدل ذلك ان يكون الاتفاق على ان الوكالة بدون اجر ضمنيا يستخلص من الظروف الملابسة . كان يتبين من الظروف ان الوكيل قصد القيام بالوكالة دون اجر لصداقة او قرابة تربطة بالموكل ، او لان له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو بدون اجر .

وكما هو الحكم فى التقنين الحالى ، فان مقدار الأجر المتفق عليه يخضع لتقدير القاضى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٤٠ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧١١ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٨٥٧ من التقنين الاردنى .

واحكام الفقه الاسلامى ، فيما يتعلق باعتبار الوكالة ماجورة او غير ماجورة . تتفق مع احكام التقنين المصرى الحالى .

فقد نصت المادة ١٤٦٧ من المجلة على ما يأتى : « اذا اشترطت الاجرة فى الوكالة واوفاها الوكيل ، فيستحقها . وان لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالاجرة ، فيكون متبرعا وليس له المطالبة بالاجرة » .

ونصت المادة ٩٠٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا اشترطت الأجرة فى الوكالة ، و اوفى الوكيل العمل ، فقد استحق الأجرة المسماة ان وقت وقتا أو ذكر عملا معينا يمكن أن يأخذ فى العمل فيه فى الحال . وان لم يشترط . وكان الوكيل ممن يعمل بأجر . فله اجر المثل والا فلا » .

(مادة ٧٠٥)

على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة . فاذا اقتضى تنفيذ الوكالة ان يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها فى شئون الوكالة، وجب على الموكل ان يقدم هذه المبالغ اذا طلب الوكيل ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٧١٠ من التقنين الحالى . مع حذف عبارة « مع الفوائد من وقت الاتفاق » التى وردت بعد عبارة « ما انفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد » . وذلك جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٥٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧١٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١/٩٤١ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٧١٠ من التقنين المصرى الحالى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٤٩١ من المجلة على ما يأتى : « اذا اعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه ، فله ان يرجع الى الموكل ؛ يعنى له ان ياخذ الثمن الذى اعطاه من الموكل . وله ايضا ان يحبس المال المشترى ويطلب ثمنه من موكله الى ان يتسلم الثمن وان لم يكن قد اعطاه للبائع» . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٩١٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٧٠٦)

يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، مالم يكن ذلك ناشئا عن خطأ من الوكيل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧١١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يكون الموكل مسئولا عما اصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا » .

وتتفق مع المادة ٢/٨٥٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧١٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى . فالقاعدة العامة فى هذا الفقه ، كما هو الشان فى التقنين الوضعى ، ان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) . وذلك بطبيعة الحال مالم يكن الضرر ناشئا عن خطأ من المضرور ، حيث يتحمل المضرور فى هذه الحالة تبعة خطئه .

(مادة ٧٠٧)

اذا تعدد الموكلون فى عمل مشترك ، كانوا متضامنين فى التزاماتهم نحو الوكيل ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧١٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا وكل اشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة . مالم يتفق على غير ذلك » .

وتتفق مع المادة ٧١٤ من التقنين الكويتى .

والمفروض فى حكم النص المقترح ان تكون الوكالة فى عمل مشترك ، بحيث يعرف الموكلون المتعددون بعضهم بعضا وتكون لهم مصلحة مشتركة فى هذا العمل .

فلا ينطبق النص اذا تعدد الموكلون فى تصرف معين ليس مشتركا بينهم ، حيث يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله فاصبح كل منهم اجنبيا عن الاخر . وهذه هى الصورة التى عرض لها الفقه الاسلامى. فنصت المادة ١٤٨٧ من المجلة على ما يأتى : « او وكل شخصان كل منهما على حدة احدا على ان يشترى شيئا ، فلا يهما قصد الوكيل واراد عند اشتراء ذلك الشىء يكون له » .

(مادة ٧٠٨)

تطبق المواد من ٨٩ الى ٩٢ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تطبق المواد من ١٠٤ الى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير » .

وقد عدلت ارقام المواد المحال عليها فى هذا النص بما يتفق مع ارقام المواد فى المشروع .

انظر فى الفقه الاسلامى النصوص المشار اليها تحت المواد من ٨٩ الى ٩٢ من المشروع .

(٣) انتهاء الوكالة :

(مادة ٧٠٩)

تنتهى الوكالة باتمام العمل الموكل فيه ، أو بانقضاء الاجل المعين للوكالة . وتنتهى ايضا بموت الموكل او الوكيل .

هذه المادة تطابق المادة ٧١٤ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٩٤٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٦٢ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧١٦ من التقنين الكويتى .

وقد عرض الفقة الاسلامى لأسباب انتهاء الوكالة المذكورة فى المادة المقترحة وغيرها :

فنصت المادة ١٥٢٦ من المجلة على ما ياتى : « تنتهى الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بالطبع » . ونصت المادة ١٥٢٧ على ما ياتى : « ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ، ولكن اذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل » . ونصت المادة ١٥٢٨ على ما ياتى : « ينعزل وكيل الوكيل ايضا بموت الموكل » . ونصت المادة ١٥٢٩ على ما ياتى : « الوكالة لا تورث . يعنى اذا مات الوكيل فيزول حكم الوكالة ، وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه » . ونصت المادة ١٥٣٠ على ما ياتى : « تبطل الوكالة بجنون الموكل او الوكيل » .

ونصت المادة ٩٤٨ من مرشد الحيران على ماياتى : « ينعزل الوكيل بخروجه او خروج الموكل عن الأهلية ، وبوفاة الموكل وان تعلق به حق الغير الا فى الوكالة ببيع الرهن اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل ولا بخروجه عن الاهلية » . ونصت المادة ٩٥١ على ما ياتى : « تنتهى الوكالة بنهاية الشيء الموكل فيه ، كما لو وكله بقبض دينه وقبضه بنفسه » .

ونصت المادة ٩٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ماياتى : « ينعزل الوكيل عزلا حكميا باجاز ما وكل به » (ابن عابدين ج ٤ص ٤٣٢) . ونصت المادة ٩٥٢ من هذا المشروع على ما ياتى : « ينعزل الوكيل بموت الموكل او بجنون احدهما جنونا مطبقا او الحكم بلحوقه مرتدا ، الا اذا تعلق به حق الغير » (مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٤٧ و ٢٤٨) .

ونصت المادة ٣٦٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « ينعزل الوكيل المفوض بموت الموكل او تفليسه او عزله له ان علم بموت الموكل او تفليسه أو عزله . وينعزل الوكيل غير المفوض بما سبق وبتمام ما وكل عليه . واذا تصرف الوكيل فيما وكل عليه بعد علمه بموجب انعزاله كان ضامناله . وان تصرف فيه قبل العلم كان تصرفه نافذا » . وجاء فى ايضاح هذه المادة ماياتى : « وما جرينا عليه فى النص من ان انعزال الوكيل بموت الموكل او تفليسه او عزله مشروط بعلمه بما ذكر هو القول الراجح » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٠٩ . والشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٥٦) . ونصت المادة ٣٦٤ من هذا المشروع على ما ياتى : « ينعزل وكيل الوكيل بموت الموكل الاصيل او تفليسه . ويعزل الموكل او الوكيل له . ولا ينعزل بعزل الوكيل او موته (الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٤٩) .

ونصت المادة ١٢٠٤ من مجلة الأحكام الشرعية على ما ياتى : « يصح توقيت الوكالة كان يقول وكلتك شهرا او سنة وانت وكيلى الى الوقت الفلانى » . ونصت المادة ١٢١١ على ما ياتى : « تبطل الوكالة بموت الوكيل او الموكل وكذا بجنون احدهما جنونا مطبقا ؛ لكن توكيل من يتصرف لغيره كالوصى والناظر لاتبطل بموته او جنونه » . ونصت المادة ١٢١٥ على ما ياتى : « تبطل الوكالة بذهاب محلها ، مثلا او تلفت العين الموكل ببيعها او رهنها او اجارتها أو نحو ذلك فخرجت عن ملك الموكل او اقر الوكيل فى الخصومة او القبض بقبض الموكل بطلت الوكالة » . ونصت المادة ١٢١٨ على ما ياتى : « لا يفتقر انعزال الوكيل بموت الموكل او عزله الى علمه بذلك ، بل ينعزل من حينئذ ولو لم يعلم الوكيل بذلك فلا تصح تصرفاته ويضمن أن تصرف بعده » . وهذا الراى الذى لا يشترط علم الوكيل بالسبب الذى ادى الى انتهاء الوكالة ، وهو الراى فى المذهب الحنبلى . يخالف ما يقول به المذهبان الحنفى والمالكى المذكورين ، ويخالف ما هو مأخوذ به فى التقنين الحالى .

(مادة ٧١٠)

١ ــ يجوز للموكل ان يعزل الوكيل فى اى وقت او يقيد وكالته ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ ــ على انه اذا كان للوكيل او الغير مصلحة فى الوكالة ، فانه لا يجوز للموكل ان يعزل الوكيل او يقيد الوكالة دون رضاء من له مصلحة فى الوكالة .

٣ ــ ويلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب او بغير مبرر مقبول .

هذه المادة تقابل المادة ٧١٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ــ يجوز للموكل فى اى وقت ان ينهى الوكالة او يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فاذا كانت الوكالة باجر ، فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب او بغير عذر مقبول .

٢ ــ على انه اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل او لصالح اجنبى ، فلا يجوز للموكل ان ينهى الوكالة او يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ افردت الفقرة الأولى في المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد .

٢ ـ جعلت الفقرة الثانية في هذه المادة لتقرير القيد الذي يرد على حق الموكل في عزل الوكيل او تقييد وكالته . وقد عبر عن هذا القيد بعبارة « اذا كان للوكيل او للغير مصلحة في الوكالة » ، فهذه ادق من عبارة التقنين الحالي التي تقول : « اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل او لصالح اجنبي » ، لأنه لا يشترط لانطباق حكم القيد ان تتمحض الوكالة لصالح الوكيل او لصالح الغير ، فقد تكون لصالح الموكل والوكيل معا فينطبق الحكم ، كما اذا وكل الشركاء في الشيوع شريكا منهم في ادارة المال الشائع ، حيث تكون الوكالة حينئذ في صالح الموكلين والوكيل .

٣ ـ جعلت الفقرة الثالثة في هذه المادة لتقرير التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل الذي ينطوي على تعسف ، مع اطلاق الحكم ، فلا يقتصر على الوكالة باجر كما ينص التقنين الحالي ، بل يسري سواء كانت الوكالة باجر او بغير اجر .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م٩٩٣) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٢٣٤ و ٢٣٥) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧١٧ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع المادتين ٨٦٣ و ٨٦٤ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٩٤٧ من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة ٧١٥ من التقنين المصري الحالي .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع احكام الفقه الاسلامي .

فالمذهبان الحنفي والحنبلي يخولان الموكل الحق في عزل الوكيل ، ما لم تكن للغير مصلحة في الوكالة .

فقد نصت المادة ١٥٢١ من المجلة على ما ياتي : « للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة . ولكن اذا تعلق به حق الغير فليس له عزله . كما اذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول اجل الدين ، فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن . كذلك لو وكل احد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي » . وفي هذا المعنى ايضا : المادة ٩٤٧ من مرشد الحيران .

ونصت المادة ٩٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ما ياتي : « للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة ، ما لم يتعلق بالتوكيل حق للغير . ويتوقف انعزاله على علمه . وتصرفه قبل العلم صحيح » .

ونصت المادة ١٢٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على ما ياتي : « الوكالة من العقود الجائزة ، فلكل من الوكيل والموكل فسخها متى شاء » . ونصت المادة ١٢١٠ على ما ياتي : « تبطل الوكالة بفسخ احدهما بالقول او الفعل الدال على الرجوع من الوكالة . مثلا او وكل في بيع ماله او رهنه او وقف داره ، ثم تصرف الموكل تصرفا ينقل الملك قبل تصرف الوكيل ، بطلت الوكالة » .

اما المذهب المالكي فيفرق في هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير اجر . فقد نصت المادة ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتي : « اذا كانت الوكالة بأجر كانت لازمة لكل من الموكل والوكيل ، وان كانت بغير اجر فلا تكون لازمة . ويكون للموكل عزل وكيله متى شاء . وللوكيل عزل نفسه متى شاء الا ان يكون عزل نفسه فيه اضرار بالموكل او تكون الوكالة في خصومة فليس للموكل عزله قبل تمام الخصومة . وليس للوكيل عزل نفسه قبل تمام ما وكل عليه من خصومة وغيرها » . (الشرح الكبير وحاشيته ج٣ ص ٣٥٦ و ٣٥٧) .

وفي خصوص التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله ، فان هذا يتفق مع القواعد العامة في الشرع الاسلامي التي تقضي بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) . وقد اقر الفقه الاسلامي الصورة العكسية ، حيث انكر على الوكيل عزل نفسه اذا كان في ذلك اضرار بالموكل (م ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك المذكورة حالا) .

(مادة ٧١١)

١ ـ يجوز للوكيل ان يتنحى عن الوكالة في اي وقت ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ ـ غير انه لا يجوز للوكيل ان يتنحى عن الوكالة اذا كان للغير مصلحة فيها ، الا اذا وجدت اسباب جدية تبرر ذلك ، على ان يخطر الغير بهذا التنحي ، ويمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه .

٣ ـ ويلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي في وقت غير ملائم او بغير مبرر مقبول .

هذه المادة تقابل المادة ٧١٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما ياتي :

« ١ ـ يجوز للوكيل ان ينزل في اي وقت عن الوكالة ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فاذا كانت الوكالة باجر ، فان الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب او بغير عذر مقبول .

٢ ـ غير انه لايجوز للوكيل ان ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح اجنبي الا اذا وجدت اسباب جدية تبرر ذلك ، على ان يخطر الاجنبي بهذا التنازل ، وان يمهلة وقتا كافيا ليتخذ مايلزم لصيانة مصالحه » .

وقد ادخلت على هذه المـادة التعديلات الآتية :

١ ـ افردت الفقرة الاولى فى المـادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة فى هذا الصدد .

٢ ـ جعلت الفقرة الثـانية فى هذه المادة لتقرير القيد الذى يرد على حق الوكيل فى التنحى عن الوكالة . وقد عبر عن هذا القيد بعبارة « اذا كان للغير مصلحة فيها » ، فهذه ادق من عبارة التقنين الحالى التى تقول : « متى كانت صادرة لصالح اجنبى » ، لانه لا يشـترط لانطباق حكم القيد ان تتمحض الوكالة لصالح الغير ، فقد تكون لصالح الموكل والغير معا فينطبق الحكم ، كما اذا عهد الى الوكيل بان يفى بدين للغير فى ذمة الموكل من المـال الذى لديه لهذا الاخير .

٣ ـ جعلت الفقرة الثالثـة فى هذه المـادة لتقرير التزام الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنحى الذى ينطوى على تعسف . مع اطلاق الحكم ، فلا يقتصر على الوكالة باجر كما ينص التقنين الحالى ، بل يسرى سواء كانت الوكالة باجر او بغير اجر .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحـالى (م ٩٩٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣٤ و ٢٣٥ .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٧١٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٩٤٧ / ١ و ٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادتين ٨٦٥ و ٨٦٦ من التقنين الاردنى .

واحكام المـادة المقترحة تتفق مع احكام الفقه الاسلامى .

فالمذهبان الحنفى والحنبلى يخولان الوكيل الحق فى التنحى عن الوكالة ، ما لم تكن للغير مصلحة فيها :

فقد نصت المـادة ١٥٢٢ من المجلة على ما ياتى : « للوكيل ان يعزل نفسـه من الوكالة ، ولكن لو تعلق به حق الغير كمـا ذكر آنفا يكون مجبورا على ايفاء الوكالة » .

ونصت المـادة ٩٤٩ من مرشـد الحيران على ما ياتى : « للوكيل بالخصومة وشراء معين ان يعزل نفسه من الوكالة ، ما لم يتعلق به حق الغير فيجبر على ابقـاء الوكالة . ويشترط علم الموكل بالعزل ، فيكون تصرف الوكيل جائزا الى ان يعلم الموكل » .

ونصت المـادة ٩٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « للوكيل بالخصـومة وبشراء المعين عزل نفسه بشرط علم موكله » .

انظر ايضا المـادتين ١٢٠٩ و ١٢١٠ من مجلة الاحكـام الشرعية اللتين تقدم ذكرهما تحت المـادة السابقة .

اما المذهب المـالكى فيفرق فى هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير اجر . انظر المـادة ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسـلامية على مذهب الامام مالك التى تقدم ذكرها تحت المـادة السابقة .

وفى خصوص التزام الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جـراء التنحى : انظر المـادة ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعـة الاسلامية على مذهب الامـام مالك التى تقدم ذكرهـا تحت المـادة السابقة .

(مادة ٧١٢)

اذا انتهت الوكالة ، فتعتبر مع ذلك قائمة فى جانب الوكيل ، مادام لا يعلم بانتهائها .

هذه المـادة مستحدثة

وهى تتفق مع المـادة ١/٩٩٥ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « تعتبر الوكـالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعلم بانتهائها » . وقد حذفت هذه المـادة فى لجنـة المراجعة (مجموعـة الاعمـال التحضيرية ج ٥ص ٢٣٣ و ٢٣٤ فى الهامش) .

فايا كان سبب انتهاء الوكالة ، فان هذا الانتهاء لا يعتد به فى حق الوكيل الا من وقت علمه به . فتعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل مادام لا يعلم بانتهائها . كما اذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، حيث ينصرف اثر التصرف الذى يبرمه الوكيل قبل الاخطـار الى الموكل .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٢/٩٤٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المـادة ٨٦٥ من التقنين الاردنى .

وحكمها مقرر فى الفقه الاسلامى :

فقد نصت المـادة ١٥٢٣ من المجلة على مايأتى : « اذا عزل الموكل الوكيل ، فيبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ، ويكون تصرفه صحيحا الى ذلك الوقت » . ونصت المـادة ١٥٢٤ على ما ياتى : « اذا عزل الوكيـل نفســه ، فيلزمه ان يعلم الموكل بعزله ، وتبقى الوكالة فى عهدته الى أن يعلم الموكل عزله » .

ونصت المـادة ١/٩٤٧ من مرشد الحيران على ما ياتى : « للموكل ان يعزل وكيله عن الوكالة متى شاء شفاها وتحريرا بشرط علم الوكيل مالم يتعلق به حق الغير » . ونصـت المـادة ٩٤٩ على مـا ياتى : « للوكيل بالخصومة وشراء معين أن يعزل نفسه من الوكالة ، مالم يتعلق به حق الغير فيجبر على ابقاء الوكالة . ويشترط علم الموكل بالعزل ، فيكون تصرف الوكيل جائزا الى ان يعلم الموكل » .

ونصت المـادة ٩٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة ، مالم يتعلق بالتوكيل حق الغير . ويتوقف انعزاله على علمه . وتصرفه قبل العلم صحيح » (مجمع الانهر ج ٢ص ٢٤٦ و ٢٤٧ . ابن عابدين ج ٤ص ٤٣٣ و ٤٣٤) . ونصـت المـادة ٩٤٩ من هذا المشروع على ما ياتى : « للوكيل بالخصومة وبشراء المعين عزل نفسه بشرط علم موكله » (ابن عابدين ج ٤ص ٤٣٤) .

(مادة ٧١٣)

١ - على اى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل ان يصل بالاعمال التى بداها الى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل .

٢ - وفى حالة إنتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، اذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، ان يبادروا الى اخطار الموكل بموت مورثهم ، وان يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل .

هذه المادة تطابق المادة ٧١٧ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « الى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل » بفى الفقرة الأولى بعبارة « الى حالة لا تتعرض معها للتلف » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضرية ج ٥ ص ٢٣٨ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧١٩ من التقنين الكويتى .

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ٩٤٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٨٦٥ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يهدف الى المحافظة على مصلحة الموكل ، وهذا من مقاصد الشريعة الاسلامية التى تقوم احكامها على تحقيق المصالح المشروعة للناس .

الفصل الرابع

الوديعة

(مادة ٧١٤)

الوديعة عقد يتولى شخص بمقتضاه حفظ مال لشخص آخر .

هذه المادة تقابل المادة ٧١٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الوديعة عقد يلتزم به شخص ان يتسلم شيئا من آخر ، على ان يتولى حفظ هذا الشيء ، وعلى ان يرده عينا » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف عقد الوديعة بالتزام يقع على عاتق المودع عنده ؛ معان الالتزام اثر العقد . ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ؛ وهو العملية القانونية المقصودة منه ، كما سبق القول . والعملية القانونية المقصودة من عقد الوديعة هى ان يتولى المودع عنده حفظ الوديعة . حيث يرتب عقد الوديعة التزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى التقنين الحالى (م ٩٩٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٤٢ و٢٤٣ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٥١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٦٨ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧٢٠ من التقنين الكويتى .

وقد جاء تعريف الفقه الاسلامى لعقد الوديعة على نحو يتفق فيه مع التعريف المقترح ، حيث لا يتناول سوى محل العقد :

فقد نصت المادة ٧٩٣ من مرشد الحيران على ما ياتى : « الايداع هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة او دلالة . والوديعة هى المال المودع عند امين لحفظه » .

ونصت المادة ٨٤٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة او دلالة . والوديعة ما تترك عند الامين للحفظ فقط مالا أو غيره » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « وقد زيدت كلمة فقط فى المادة لتخرج العارية لأنها ما يترك للحفظ والانتفاع معا » (ابن عابدين ج ٤ص ٧٥٤ . مجمع الأنهر ج ٢ص ٣٣٧ . فتح القدير ج ٧ص ٨٨ و ٨٩) .

ونصت المادة ١٨٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « الايداع توكيل على مجرد حفظ المال . والوديعة هى المال الموكل على مجرد حفظه . وللمودع استرداد الوديعة متى شاء . وللمودع عنده ردها له متى اراد ، الا اذا عرض مايقتضى خلاف ذلك فيعمل به » .

١ - التزامات المودع عنده :

(مادة ٧١٥)

١ - على المودع عنده ان يتسلم الوديعة .

٢ - وليس له أن يستعملها دون ان ياذن له المودع فى ذلك صراحة او ضمنا .

هذه المادة تطابق المادة ٧١٩ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٧٢١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ١/٩٥٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٧٥ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٩٩٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٤٩ .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع احكام الفقه الاسلامي :

فقد نصت المادة ٨٠٤ من مرشد الحيران على ما يأتي : « ليس للمستودع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها بدون اذن صاحبها . وان استعملها بلا اذنه وهلكت فى حال استعمالها فعليه ضمانها » . ونصت المادة ٨٠٥ على ما يأتي : « ليس للمستودع ان يتصرف فى العين المودعة عنده باجارة او اعارة او رهن بلا اذن صاحبها ، فان فعل ذلك وهلكت فى يد المستاجر او المستعير او المرتهن فلمالكها الخيار فى تضمين المستودع او فى تضمين المستاجر او المستعير او المرتهن » .

ونصت المادة ٧٩٢ من المجلة على ما يأتي : « كما انه يسوغ المستودع استعمال الوديعة باذن صاحبها ، فله ان يؤجرها او يعيرها لآخر وان يرهنها ايضا . واما لو آجرها او اعارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها فى يد المستاجر أو المستعير أو المرتهن ضمن » . ونصت المادة ٨٥٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتي : «يضمن المودع عنده الوديعة اذا خلطها بمال غيره بغير اذن مالكها بحيث لا تتميز . واذا خلط المودع عنده الوديعة بماله باذن مالكها بحيث لاتتميز اشتراكا » .

ونصت المادة ٨٥٩ على ما يأتي : « اذا انفق المودع عنده بعض الوديعة ورد مثله . ثم خلطه بالباقى خلطا يمنع التمييز ، ضمن الكل » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٤ ص٧٦١) .

ونصت المادة ١٨٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتي : « اذا انتفع المودع عنده بالوديعة بغير اذن المودع او سافر بها مع امكان ايداعها لها عند امين فتلفت او تعيبت اثناء الانتفاع أو السفر ، فانه يضمنها . فان سافر بها لعدم وجود امين يضعها عنده فتلفت او ضاعت ، او ردها لمحل ابداعها سالمة بعد الانتفاع او السفر بها فتلفت او ضاعت بعد ذلك ، فلا يضمنها » . ونصت المادة ١٨٩ من هذا المشروع على ما يأتي : « اذا تسلف المودع عنده الوديعة او اتجربها بدون اذن من المودع ، كان ضامنا لها ولا يبرأ منها الا برد مثلها لمحل ايداعها ان كانت مثليا او برد قيمتها للمودع لا لمحل ايداعها ان كانت مقوما ، ويكون الربح له فى حالة اتجاره بها » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٢٠. الشرح الكبير وحاشيته ج٣ ص ٣٧٣ و ٣٧٨ . القوانين الفقهية ص ٣٥٩) . ونصت المادة ١٣٢٥ من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي : « الوديعة مع الاذن بالانتفاع بها عارية تجرى فيها أحكامها » .

ونصت المادة ١٣٥٨ على ما يأتي : « ليس للوديع تأجير الوديعة ولا اعارتها ولا قرضها ولا الانتفاع بها الا باذن المالك . فان فعل ذلك كان متعديا غاصبا » .

(مادة ٧١٦)

١ - يجب على المودع عنده أن يبذل فى حفظ الوديعة العناية التى يبذلها فى حفظ ماله ، دون ان يكلف فى ذلك ازيد من عناية الشخص العادى .

٢ - ومع ذلك ، اذا كانت الوديعة باجر ، وجب على المودع عنده ان يبذل فى حفظ الوديعة عناية الشخص العادى .

٣ - ولايجوز الاتفاق على مايخالف هذه الأحكام .

هذه المادة تقابل المادة ٧٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ - اذا كانت الوديعة بغير اجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يكلف فى ذلك ازيد من عناية الرجل المعتاد .

٢ - اما اذا كانت الوديعة باجر ، فيجب ان يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الاتية :

١ - جعلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة فى هذا الصدد ، باعتبار ان الاصل فى الوديعة ان تكون بغير اجر .

٢ - صيغت الفقرة الثانية باعتبار ان الوديعة باجر استثناء من الاصل .

٣ - استبدلت عبارة « الشخص العادى » بعبارة « الرجل المعتاد » كما هو الشأن فى جميع مواد المشروع .

٤ - اضيفت فقرة ثالثة تقضى ببطلان الاتفاق على مايخالف الأحكام الواردة فى الفقرتين الأولى والثانية . حيث اخذ بعكس الحكم المستقر فقها والذى يقضى بأن القواعد فى مسئولية المودع عنده عن حفظ الوديعة لاتتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على مايخالفها . فبمقتضى الفقرة المضافة لايجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المودع عنده ، كان يشترط المودع مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبى . ولايجوز تخفيف مسئولية المودع عنده ، كان يشترط هذا عدم مسئوليته عن اخطاء معينة . ولا يجوز اعفاء المودع عنده من المسئولية ، كان يشترط هذا عدم مسئوليته عن خطئه . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لاتجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، او على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . اذ ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ١/٩٥٢ و ٩٥٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١/٨٧٣ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧٢٢ من التقنين الكويتى .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥٠.

وأحكام المادة المقترحة تتفق فى الجملة مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٧٩٨ من مرشد الحيران على ماياتى : « يجب على المستودع ان يعتنى بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله وان يضعها فى حرز مثلها على حسب نفاستها . وله أن يحفظها بنفسة او بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن فى عياله» . ونصت المادة ٨٠٠ على ماياتى: « الوديعة امانة لا تضمن بالهلاك مطلقا سواء امكن التحرز ام لا ، وانما يضمنها المستودع بتعدية عليها او بتقصيره فى حفظها » . ونصت المادة ٨٠١ على ما ياتى : « اذا كان الايداع بأجرة ، فهلكت الوديعة او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، فضمانها على الوديع » .

ونصت المادة ٧٧٧ من المجلة على ماياتى : « الوديعة أمانة فى يد الوديع . بناء عليه اذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعه وتقصيره فى الحفظ ، فلا يلزم الضمان . الا انه اذا كان الايداع باجرة على حفظ الوديعة ، فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، لزم المستودع ضمانها .... » . ونصت المادة ٧٨١ على ما ياتى : «المستودع ان يحفظ الوديعة فى المحل الذى يحفظ فيه ماله» . ونصت المادة ٧٨٢ على ما ياتى : « يلزم حفظ الوديعة فى حرز مثلها » .

ونصت المادة ١٨٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ماياتى : « الوديعة امانة فى يد المودع عنده ، فعليه ان يحافظ عليها وان يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، فان اهمل فى المحافظة عليها وتعهدها بالصيانة كان ذلك تفريطا منه يوجب عليه الضمان » (الشرح الكبير ج٢ ص٣٩٢ . حاشية الشرح الصغير ج٢ ص ٢٨٨) . ونصت المادة ١٩٠ من هذا المشروع على ماياتى : « اذا ضاعت الوديعة او سرقت من المودع عنده بسبب مخالفته لكيفية حفظها التى اتفق عليها مع المودع او التى جرى بها العرف فى حفظ مثلها ، او بسبب نسيانه لها فى موضع وضعها فيه،او بدخوله بها فى مكان مع تمكنه من وضعها فى بيته او عند امين قبل دخوله بها ، فانه يضمنها فى جميع هذه الحالات » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٢١ . القوانين الفقهية ص ٣٥٩) .

ونصت المادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام الشرعية على ماياتى : « يلزم الوديع حفظ الوديعة بنفسه او وكيله او من يحفظ ماله عادة كزوجته وعبده وخادمه . فله ان يدفع الدابة لسائس دوابه والامتعة لخازنة والحلى لزوجته لقيامهم مقامه فى الحفظ » . ونصت المادة ١٣٤٧ على ماياتى : « للوديع الاستعانة بالاجانب فى الحمل والنقل حيث جاز له نقل ذلك وفى سقى الدواب وعلفها وفى رعى المواشى ، فلا يعد ذلك تعديا » . ونصت المادة ١٣٤٨ على ما ياتى : « يلزم الوديع حفظ الوديعة فى حرز مثلها ، والحرز فى كل حالة بحسبها».

ونصت المادة ٨٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ماياتى : « اشتراط الضمان فى المودع عنده باطل » (ابن عابدين ورد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٥٠٦) .

ونصت المادة ١٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ماياتى : « الاصل فى المودع عنده انة امين . فلا يضمن الوديعة ولو شرط عليه ضمانها ، الا اذا فرط فيها وكان بالغا رشيدا » . وجاء فى ايضاح هذه المادة ان المودع عنده لو شرط عليه ضمان الوديعة ولو بدون تفريط ، لا يعمل به ، لانه شرط يخرجها عن حقيقتها الشرعية .

(مادة ٧١٧)

ليس للمودع عنده ان ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع ، الا ان يكون مضطرا الى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٢١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « ليس للمودع عنده ان يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع ، الا ان يكون مضطرا الى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » .

وقد استبدلت فى هذه المادة عبارة « ان ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة » بعبارة « ان يحل غيره محله فى حفظ الوديعة » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٠٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٢٥٠و٢٥١.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٢٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١/٨٧٤ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادتين ٢/٩٥٢ و ٩٥٨ من التقنين العراقى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع احكام الفقة الاسلامى :

فقد نصت المادة ١٩١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ماياتى : « اذا قام المودع عنده بايداع الوديعة عند غيره بدون اذن المودع ، فتلفت او ضاعت وهى بيد من اودعها عنده ، فعليه ضمانها الا ان يكون الغير الذى اودعها عنده ابنا له او زوجة اعتاد الايداع عندهما او يثبت بالبينة انه اودعها عند غيره لضرورة طرأت له فلا يضمنها » (الشرح الصغير وحاشيتة ج٢ ص٢٢٢ . الشرح الكبير وحاشيته ج٣ ص ٣٨٠) .

ونصت المادة ٨٠٣ من مرشد الحيران على ما ياتى : « لا يجوز للمستودع أن يودع الوديعة عند أجنبى من غير عذر بدون اذن صاحبها. فأن اودعها بلا اذنه ، وهلكت بتعدى المستودع الثانى ، فلصاحب الوديعة الخيار ان شاء ضمن المستودع الأول او الثانى ، فان ضمن الأول فله الرجوع على الثانى وان ضمن الثانى فلا رجوع له على احد ».

ونصت المادة ٧٩٠ من المجلة على مايأتى : « ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن ، واذا اودعها فهلكت صار ضامنا . ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثانى بتقصير او تعد منه ، فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الاول وان شاء ضمنها للثانى ، فان ضمنها للمستودع الأول فيرجع على الثانى بماضمنه » . ونصت المادة ٧٩١ على مايأتى : « اذا اودع المستودع الوديعة عند آخر باذن المودع، خرج المستودع الأول من العهدة وصار الثانى مستودعا » .

ونصت المادة ٨٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتى : « يضمن المودع عنده ان حفظ الوديعة بغير عيالة ولم يأذن له المالك » (الدر المختار حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٧٥٦ و ٧٥٧) . ونصت المادة ٨٦٧ من هذا المشروع على مايأتى : « اذا نهى المودع عنده دفع الوديعة الى عياله فدفعها اليهم اوالى احدهم ، وكان يمكن دفعها الى غيرهم ، ضمن » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « أما اذا نهى المودع عنده عن دفع الوديعة الى عياله وكان لا يمكنه الاستغناء عنهم فدفعها اليهم ، لايضمن » (مجمع الانهر ودر المنتقى ج٢ ص٣٤٣) .

ونصت المادة ١٣٥٥ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : «للوديع ان يدفع الوديعة الى الحاكم اوالى اجنبى ثقة لعذر كمن حضره الموت او خاف عليها من نهب او حرق او غرق او هجوم عدو او اراد سفرا ولم يجد صاحبها ولامن يقوم مقامه ، جاز له دفعها الى الحاكم ، فان تعذر ذلك دفعها الى ثقة يحفظها » . ونصت المادة ١٣٥٧ على ما يأتى : « ليس للوديع ان يودع الوديعة لدى اجنبى بدون اذن ربها الا لعذر من الأعذار السالفة فى المادتين السابقتين » .

وجاء فى بداية المجتهد (ج٢ ص ٢٦٠) مايأتى : ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فان فعل ضمن . وقال ابو حنيفة ان اودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه باهل بيته . وعند مالك ان يستودع ما اودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من اشبههم . وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ اموالهم .

(مادة ٧١٨)

١ – على المودع عنده ، متى انتهى عقد الوديعة ، ان يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من ثمارها الى المودع اوالى من يخلفه .

٢ – وترد الوديعة فى المكان الذى كان يلزم حفظها فيه . وتكون مصروفات الرد على المودع .

٣ – كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى التى تقابل المادة ٧٢٢ من هذا التقنين . وقد كانت المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ١ – على الوديع متى انتهت الوديعة ، ان يرد الى المودع أو الى من يخلفه الشىء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره . ٢ – ويرد الشىء فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع. كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥٥ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٢٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١/٩٦١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المواد ١/٨٧٦ و ٨٧٧ و ١/٨٨٦ من التقنين الاردنى . واحكامها تتفق مع احكام الفقة الاسلامى :

فقد نصت المادة ٧٩٤ من المجلة على مايأتى : « يلزم رد الوديعة لصاحبها اذا طلبها ، ومؤونة الرد والتسليم اى مصاريفهما وكلفتهما عائدة الى المودع . واذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع ، وهلكت أو ضاعت ، ضمنها المستودع . لكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر ، كان تكون حينئذ فى محل بعيد ، ثم هلكت او ضاعت ، فلا يلزم الضمان » . ونصت المادة ٧٩٧ على مايأتى : « يعتبر مكان الايداع فى تسليم الوديعة . مثلا لو اودع مال فى استانبول ، يسلم فى استانبول ايضا ، ولايجبر المستودع على تسليمه فى ادرنة » . ونصت المادة ٧٩٨ على ما يأتى : « منافع الوديعة لصاحبها . مثلا نتاج حيوان الوديعة اى فلوه ولبنه وشعره لصاحب الحيوان » .

ونصت المادة ٨٦١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتى : « ١ – اذا طلب المودع الوديعة بنفسه أو بوكيله ، فحبسها المودع عنده ظلما وهو قادر على تسليمها، يكون غاصبا ويضمن . ب – واذا جحدها بعد طلب المودع ، يكون غاصبا ويضمن ولو اقر بعد ذلك » . ونصت المادة ٨٥٥ من هذا المشروع على مايأتى : « للمودع عنده منع دفع الوديعة لصاحبها اذا قصد بها الاضرار بالغير » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة مايأتى : « اذا قصد المودع ان يسترد الوديعة ليضر بها غيره فللمودع عنده ان يمنع دفعها اليه ، وذلك بأن كانت الوديعة سيفا مثلا اراد بأخذه ان يضرب غيره به ، فله منع الدفع حتى يعلم عدوله عن الرأى الأول ، وانه ينتفع به على وجه مباح » (الدر المختار ج٤ ص٧٥١ .

ونصت المادة ١٣٣٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مايأتى : « يلزم الوديع رد الوديعة حين طلب ربها ، ويمهل لعذر » .

ونصت المادة ١٣٣٧ على ما يأتى : « يصح رد الوديعة الى ربها والى وكيله فى قبض امواله والى من يحفظ ماله عادة » . ونصت المادة ١٣٤٠ على ما يأتى : « مؤونة رد الوديعة وحملها على مالكها ، وليس على الوديع الا تمكينه من اخذها » . ونصت المادة ١٣٦٣ على مايأتى : « منع الوديعة عن ربها عند طلبها بلا عذر يعد موجبا للضمان » .

(مادة ٧١٩)

١ – اذا باع وارث المودع عنده الوديعة وهو حسن النيه ، فليس عليه لمالكها الا رد ما قبضه من الثمن او التنزول له عن حقوقه قبل المشترى .

٢ ــ واذا كان تصرف الوارث تبرعا ، فانه يلتزم بقيمة الوديعة وقت التبرع .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا باع وارث المودع عنده الشىء المودع وهو حسن النيه . فليس عليه لمالكه الا رد ما قبضه من الثمن او التنازل له عن حقوقه على المشترى . واما اذا تصرف فيه تبرعا ، فانه يلتزم بقيمته وقت التبرع » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، كما جعلت هذه الأخيرة من فقرتين .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٠٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٢٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٨٨٢ من التقنين الاردنى .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع احكام الفقة الاسلامى :

فقد نصت المادة ٨٠١ من المجلة على ما ياتى : « ... واذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة ، يكون مجهلا فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه » .

ونصت المادة ٨١٧ من مرشد الحيران على ماياتى : « ... فاذا مات المستودع جاهلا حال الوديعة ولم توجد فى تركته ولم تعرفها الورثة ، تكون دينا واجبا اداؤه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع فيها » . ونصت المادة ٨١٨ على ما ياتى : « اذا مات المستودع فباع وارثه الوديعة وسلمها للمشترى فهلكت فى يده ، يخير صاحبها بين ان يضمن البائع او المشترى قيمتها يوم البيع والتسليم ان كانت قيمية او مثلها ان كانت مثلية ، سواء كان الوارث البائع يعلم انها وديعة اولا . وان كانت الوديعة قائمة فى يد المشترى يخير صاحبها ان شاء اخذها ورد البيع وان شاء اجاز البيع واخذ الثمن ... » .

ونصت المادة ٨٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ماياتى : « يضمن الودع عنده اذا مات مجهلا ، ولم يبين الوديعة » (الدر المختار ج٤ ص٧٥٨ و ٧٥٩) .

ونصت المادة ١٣٦٢ من مجلة الاحكام الشرعية على ماياتى : « يضمن الوديع اذا مات مجهلا للوديعة ، فلم يعلم حالها ولم توجد فى تركته ، وتغرمها التركة كسائر الديون من غير تفضيل » .

٢ ــ التزامات المودع :

(مادة ٧٢٠)

١ ــ تعتبر الوديعة بغير اجر ، مالم يتفق على غير ذلك صراحة او يستخلص ضمنا من ظروف الحال .

٢ ــ فاذا اتفق على اجر ، وجب على المودع ان يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٢٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « الاصل فى الوديعة ان تكون بغير اجر ، فاذا اتفق على اجر وجب على المودع ان يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد جعلت هذه المادة من فقرتين على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، وعدلت تعديلا لفظيا ، واستكمل حكمها باضافة الاتفاق الضمنى فى الفقرة الأولى ، واضافة العرف فى الفقرة الثانية .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٠٥) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٠ و ٢٦١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٦٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٨٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧٢٦ من التقنين الكويتى .

واحكامها تتفق مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٧٩٧ من مرشد الحيران على ما ياتى : « ليس للمستودع ان ياخذ اجرة على حفظ الوديعة ، مالم يشترط ذلك فى العقد » (رد المحتار رقم ٤٩٤ . الهندية رقم ٣٢١) .

ونصت المادة ١٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « ليس للمودع عنده ان يطلب اجرة على حفظ الوديعة او اجرة المحل الذى وضعت فيه ، الا اذا اشترط ذلك عند الايداع او جرى به عرف خاص . وله ان يطالب بما انفقه فى وسائل حفظها وصيانتها » (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ص ٢٢٥ . القوانين الفقهية ص ٣٥٩) .

وجاء فى بداية المجتهد (ج٢ ص٢٦٠) ما ياتى : « لا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة » .

(مادة ٧٢١)

على المودع ان يرد الى المودع عنده ما انفقه فى حفظ الوديعة ، وعليه ان يعوضه عن كل ما لحقه من ضرر بسبب الوديعة .

هذه المادة تطابق المادة ٧٢٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « ضرر » بكلمة « خسارة » .

وتتفق مع المادة ٧٢٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٩٦٦ و ٢/٩٦٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ٨٨٤ و ٨٨٥ و ٢/٨٨٦ من التقنين الاردنى .

وما تقضى به المادة المقترحة من الزام المودع بنفقات حفظ الوديعة يتفق مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٧٨٦ من المجلة على ما يأتى : « الوديعة التى تحتاج الى النفقة ، كالخيل والبقر ، نفقتها على صاحبها ... » . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٨١٢ من مرشد الحيران .

ونصت المادة ١٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « للمودع عنده أن يطالب بما انفقه فى وسائل حفظ الوديعة وصيانتها » (الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٢٢٥ القوانين الفقهية س ٣٥٩) .

ونصت المادة ١٢٣١ من مجلة الاحكام الشرعية على ما يأتى : « نفقة الوديعة ومؤونتها على مالكها ، وكذا اجرة مخزنها وخادمها أن احتاجت لذلك » .

كذلك يقر الفقه الاسلامى الزام المودع بأن يعوض المودع عنده عما لحقه من الضرر بسبب الوديعة . كان يكون فى الشىء المودع عيب خفى ، كمرض معد فى الحيوان انتقل بالعدوى الى حيوانات المودع عنده ، حيث يجب على المودع ان يخطر به المودع عنده حتى يتخذ ما يلزم لمنع العدوى ، والا كان مسئولا عن تعويض المودع عنده . وذلك طبقا للقواعد العامة فى الضمان .

٣ ـ انتهاء الوديعة

(مادة ٧٢٢)

ينتهى عقد الوديعة بانقضاء الاجل المتفق عليه صراحة او ضمنا . فاذا لم يتفق على اجل ، كان لكل من الطرفين انهاء العقد فى اى وقت .

هذه المادة مستحدثة

وهى تقابل المادة ١٠٠٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى كانت تنص على ما يأتى : « ١ ـ تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه. ٢ ـ فاذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمنا، حدد القاضى اجلا تنتهى فيه الوديعة ، ويكون هذا الاجل مبدا المدة التى يتقادم بها الالتزام برد الوديعة » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ من التقنين الحالى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٣ فى الهامش .

فبمقتضى المادة المقترحة ، اذا كان الأجل معينا فى عقد الوديعة ، صراحة أو ضمنا ، انتهى العقد بحلوله . واذا لم يكن معينا ، كان لكل من المودع والمودع عنده ان ينهى العقد فى اى وقت .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٢٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١/٦٦٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١/٨٩٢ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ٧٧٤ من المجلة على ما يأتى : « لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء » .

ونصت المادة ٨١٤ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يجوز لكل من المودع والوديع ان يفسخ عقد الايداع فى اى وقت شاء ويلزم المستودع ان يرد الوديعة الى صاحبها » .

انظر كذلك المادة ٨٦١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، وقد تقدم ذكرها .

(مادة ٧٢٣)

يجوز للمودع ان يطلب رد الوديعة فى أى وقت قبل حلول الاجل . وفى هذه الحالة ، اذا كانت الوديعة باجر ، فانه يجب على المودع أن يدفع الاجر عما بقى من المدة .

هذه المادة مستحدثة

وهى تقابل المادة ١٠٠٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى كانت تنص على ما يأتى « يجوز للمودع فى كل وقت ان يطالب رد الوديعة ، الا ان يكون اجل الوديعة محددا فى مصلحة الوديع او يكون هذا ماذونا فى استعمال الوديعة » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ من التقنين الحالى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٣ فى الهامش .

فبمقتضى المادة المقترحة يجوز للمودع ان ينهى عقد الوديعة فى اى وقت قبل حلول الاجل ، اذ الاصل فى الاجل انه معين لمصلحته، فيجوز له ان ينزل عن حقه فيطلب رد الوديعة قبل حلول الاجل . غير انه اذا كانت الوديعة باجر ، فانه يجب عليه أن يدفع الاجر المتفق عليه .

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء فى المادة ٢/٩٦٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٢/٨٩٢ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧٢٩ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٧٧٤ من المجلة ، والمادة ٨١٤ من مرشد الحيران ، والمادة ٨٦١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وقد تقدم ذكرها .

(مادة ٧٢٤)

١ – يجوز للمودع عنده ان يطلب رد الوديعة فى اى وقت قبل حلول الأجل ، الا اذا ظهر من العقد ان الأجل عين لمصلحة المودع .

٢ – ومع ذلك ، اذا كانت الوديعة دون اجر ، وتعذر على المودع عنده ان يستمر فى حفظ الوديعة لاسباب طارئة مشروعة ، جاز له ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه .

هذه المادة مستحدثة .

وهى مستمدة من النصين الآتيين :

(١) المادة ٧٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « يجب على المودع عنده ان يسلم الشىء الى المودع بمجرد طلبه ، الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده ان يلزم المودع بتسلم الشىء فى اى وقت ، الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع » .

(٢) المادة ١٠٠٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وكانت تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظا للوديعة لاسباب طارئة مشروعة ، جاز له ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه .

٢ – ويجوز له ذلك ايضا اذا اتضح من العقد ان تحديد الاجل كان لمصلحته هو » .

وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ من التقنين الحالى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٣ فى الهامش .

فالفقرة الاولى من المادة المقترحة تقرر القاعدة فى هذا الصدد ، والاستثناء الذى يرد عليها .

والفقرة الثانية تورد قيدا على الاستثناء المذكور فى الفقرة الاولى . فاذا كانت الوديعة دون اجر ، دل هذا على ان الاجل معين لمصلحة المودع ، الا انه مع ذلك يجوز للمودع عنده فى هذه الحالة ان يرد الوديعة قبل الاجل اذا تعذر عليه لاسباب طارئة مشروعة ان يستمر فى حفظ الوديعة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/٩٦٩ و ٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٩٢ من التقنين الاردنى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ٧٣٠ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٧٧٤ من المجلة ، والمادة ٨١٤ من مرشد الحيران ، والمادة ٨٦١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وقد تقدم ذكرها .

(مادة ٧٢٥)

فى جميع الاحوال التى يطلب فيها رد الوديعة عند عدم الاتفاق على اجل ، او قبل حلول الاجل المتفق عليه ، يلزم ان يكون طلب الرد فى وقت ملائم وان يراعى فيه الاخطار فى ميعاد كاف .

هذه المادة مستحدثة

وبمقتضاها يجب فى جميع الاحوال الا ينطوى طلب رد الوديعة على تعسف ، وان تعطى فيه مهلة تكفى لان يتدبر الطرف الآخر امره .

وهى تتفق مع المادة ٩٦٩ / ٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٨٩٢ / ١ من التقنين الاردنى .

وتتفق على ما جاء فى المادتين ٧٢٨ و ٧٣٠ من التقنين الكويتى .

وحكمها يقره الفقه الاسلامى الذى يابى التعسف كما يابى ان يفاجأ المتعاقد بطلب قبل ان يتدبر امره .

(مادة ٧٢٦)

ينتهى عقد الوديعة بموت المودع عنده ، ويبقى فى تركته ما نشا عنها من التزامات ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٠١٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وقد حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ من التقنين الحالى م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٣ فى الهامش .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٣١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٧٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٨١ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ٨١٧ من مرشد الحيران على ما ياتى :

« اذا مات المستودع ووجدت الوديعة عينا فى تركته ، فهى امانة فى يد الوارث واجب عليه اداؤها لصاحبها . فاذا مات المستودع جاهلا حال الوديعة ولم توجد فى تركته ولم تعرفها الورثة ، تكون دينا واجبا اداؤه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع فيها » . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٨٠١ من المجلة .

انظر كذلك : المادة ٨٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه ، والمادتين ١٩٤و ١٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

٤ – بعض انواع الوديعة

(مادة ٧٢٧)

اذا كانت الوديعة مبلغا من النقود او اى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع عنده ماذونا له فى استعماله ، اعتبر العقد قرضا .

هذه المادة تطابق المادة ٧٢٦ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠١١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٦٦ و٢٦٧

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٣٢ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادة ٨٨٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩٧١ من التقنين العراقى .

وحكمها يتفق مع المبادىء المقررة فى الفقه الاسلامى . اذ القاعدة فى هذا الفقه ، كما هو الشأن فى القانون الوضعى ، أن « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى » (م٣ من المجلة) .

(مادة ٧٢٨)

١ – يكون اصحاب الفنادق وما ماثلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الاشياء التى ياتى بها النزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق او ما ماثله .

٢ – غير انهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والاوراق المالية والاشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز مائتين وخمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد اخذوا على عاتقهم حفظ هذه الاشياء وهم يعرفون قيمتها ، او يكونوا قد رفضوا دون مسوغ ان يتسلموها عهدة لديهم ، او يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطا منهم او من احد تابعيهم .

٣ – ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الاحكام .

هذه المادة تقابل المادة ٧٢٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يكون اصحاب الفنادق والخانات وماماثلها . فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الاشياء التى ياتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق او الخان .

٢ – غير انهم لايكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والاوراق المالية والاشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الاشياء وهم يعرفون قيمتها ، او يكونوا قد رفضوا دون مسوغ ان يتسلموها عهدة فى ذمتهم . او يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم او من احد تابعيهم » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الاتية :

١ – ادخلت تعديلات لفظية : ففى الفقرة الأولى حذفت عبارة « والخانات » ، لانها مماثلة للفنادق ، كما حذفت عبارة « او الخان » فى نهاية الفقرة . واستبدلت بها عبارة « او ماماثله » . كذلك حذفت كلمة « المسافرون » ، لأن كلمة « النزلاء » تكفى . وفى الفقرة الثانية استبدلت كلمة « لديهم » بعبارة « فى ذمتهم » .

٢ – فيما يتعلق بالحد الاقصى للتعويض الذى يلتزم به صاحب الفندق فى غير الحالات الخاصة المذكورة فى النص ، عدل هذا الحد من خمسين جنيها الى مائتين وخمسين جنيها ، وذلك نظرا الى الارتفاع الملحوظ فى الاسعار عما كان عليه الحال من قبل .

٣ – عدل حكم الحالة الخاصة المذكورة فى نهاية الفقرة الثانية ، وذلك بالاكتفاء بان يكون اصحاب الفنادق قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطا منهم او من احد تابعيهم ، فلا يشترط ان يكون هذا الخطا خطأ جسيما كما يقضى النص الحالى . فالخطأ فى هذه الحالة يكفى للرجوع الى تطبيق القواعد العامة ، اذ ليس هناك ما يبرر حينئذ اشتراط ان يكون الخطا خطا جسيما .

٤ – اضيفت فقرة ثالثة تقضى بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف قواعد المسئولية فى الفقرتين السابقتين . وهناك خلاف فى الفقه حول جواز هذا الاتفاق ، ولكن النص المقترح يقطع بعدم جواز هذا الاتفاق . فبمقتضى الفقرة المضافة لايجوز الاتفاق على تشديد مسئولية صاحب الفندق ، كان يتفق على ان يتحمل تبعة القوة القاهرة فلا تنتفى بها مسئوليته . ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية ، كان يشترط صاحب الفندق ان يكون التعويض فى حدود قدر معين فى حالة ما اذا وقع الضرر بخطا منه او من احد تابعيه . ولا يجوز الاعفاء من هذه المسئولية ، كان يشترط صاحب الفندق عدم مسئوليته عن فقد الأشياء التى ياتى بها النزلاء . وهذا كله تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لاتجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة او على اعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامة التعاقدى . اذ ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠١٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ص ٢٧٢ و ٢٧٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٩٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادتين ٧٣٣ و ٧٣٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى تعتبر الوديعة امانة فى يد الوديع يسال عنها اذا صدر منه تقصير فى حفظها . وما ياتى به النزلاء فى الفندق من اشياء يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية ، فيسال عنها صاحب الفندق ، سواء صدر التقصير منه او من احد اتباعه . والملحوظ فى هذه الوديعة انها ماجورة ، والاجر يدخل ضمن ما يدفعه النزيل لصاحب الفندق عن اقامته . لذلك فان المسئولية عنها ترتفع الى مستوى المسئولية الماجورة وهى اشد من المسئولية عن الوديعة غير المأجورة (انظر م ٧١٦ من المشروع) وفى هذا كله نصت المادة ٧٧٧ من المجلة على ما ياتى :

« الوديعة امانة فى يد الوديع . بناء عليه اذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعة وتقصيره فى الحفظ . فلا يلزم الضمان ، الا انه اذا كان الايداع باجرة على حفظ الوديعة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها . . » .

(مادة ٧٢٩)

١ ـ على النزيل أن يخطر صاحب الفندق بسرقة الشىء اوضياعه او تلفه بمجرد علمه بذلك ، فان ابطا فى الاخطار دون مسوغ سقطت حقوقه .

٢ ـ ولا تسمع دعوى النزيل قبل صاحب الفندق بعد انقضاء ستة اشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق .

هذه المادة تقابل المادة ٧٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشىء او ضياعه او تلفه بمجرد علمه بوقوع شىء من ذلك ، فان أبطأ فى الاخطار دون مسوغ سقطت حقوقه .

٢ ـ وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أوالخان .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ أدخلت تعديلات لفظية : فاستبدلت كلمة « النزيل » بكلمة المسافر ، لان المقصود هو النزيل . سواء كان ما يزال نزيلا وقت الاخطار او كان قد سافر ، اذ الحكم مرتبط بصفته كنزيل ولو كان نزيلا فيما سبق . وحذفت عبارة « او الخان » لانه مماثل الفندق . واستبدلت عبارة « بمجرد علمه بذلك » بعبارة « بمجرد علمه بوقوع شىء من ذلك » .

٢ ـ اخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من نظام سقوط الحق بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى ، وذلك جريا على الخطة التى سار عليها المشروع .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى لتقنين الحالى (م ١٠١٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٧٣

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٧٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٩١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٧٣٤ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة ان حكمها يرمى الى الزام المودع بشىء من اليقظة فى المحافظة على حقوقه ، وذلك بان فرض عليه المبادرة الى اخطار صاحب الفندق بسرقة الشىء او ضياعه او تلفه ، وهو أمر يحبذه الشرع الاسلامى .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة . وهو عدم سماع الدعوى بعد انقضاء ستة أشهر من وقت مغادرة الفندق ، فهو مما يدخل فى سلطة ولى الأمر من تخصيص القضاء بالزمان والمكان .

الفصل الخامس

الحراسة

(مادة ٧٣٠)

الحراسة عقد او حكم يتولى شخص بمقتضاه حفظ وادارة مال يتهدده خطر عاجل .

هذه المادة تقابل المادة ٧٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص آخر بمنقول او عقار او مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبادارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ نص على أن الحراسة عقد او حكم بدلا من الاقتصار على اعتبارها عقدا ، لان الحراسة كما تقوم بعقد يتم بين طرفين ، تقوم أيضا بحكم يصدر من القضاء ، بل أن الغالب فى الحياة العملية أن تكون الحراسة بحكم من القضاء .

٢ ـ روعى فى تعريف الحراسة ذكر عناصرها الجوهرية فحسب ، وهى الأركان التى تقوم عليها . وهذه الأركان هى : (١) العقد الذى يتفق فيه على الحراسة او الحكم الذى يصدر بها . (٢) الحارس الذى يعينه الطرفان أو يعينه القاضى . (٣) المال الموضوع تحت الحراسة .

٣ – روعى فى التعريف الاكتفاء بذكر كلمة « مال » بدلا من ذكر عبارة « منقول أو عقار او مجموع من المال » لان هذا التعداد يشمله كله كلمة « مال » .

٤ – روعى انه لا حاجة الى ان يشترط فى المال الموضوع تحت الحراسة ان « يقوم فى شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت » . اذ يكفى فى ذلك الشرط العام الذى يجب توافره لفرض الحراسة سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، وهو ان يتهدد المال خطر عاجل . ففى الحراسة الاتفاقيه يفترض توافر هذا الشرط . ما دام الخصوم قد اتفقوا على وضع المال تحت الحراسة . وفى الحراسه القضائيه يتحرى القاضى هذا الشرط بماله من سلطه تقديريه .

والمشروع فى هذا لايخالف احكام التقنين الحالى . حيث يستخلص من مجموع نصوص هذا التقنين ان الشرط العام الواجب توافره فى هذا الصدد هو ان يتهدد المال الموضوع تحت الحراسه خطر عاجل ، بحيث لاتكون هناك حاجه الى توافر شرط آخر . فالمادة ٧٢٩ من هذا التقنين تشترط فى المال ان « يقوم فى شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت » . ثم ينتقل الشارع من التخصيص فى هذه المادة الى التعميم فى المادة ٧٣٠ التى تجيز فرض الحراسة القضائيه « اذا كان صاحب المصلحه فى منقول او عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » . وفى ضوء هذا النص اصبح اشتراط ان يتهدد المال خطر عاجل هو الشرط الوحيد الذى يطلب لفرض الحراسه .

انظر المذكرة الايضاحيه للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠١٥) فى مجموعه الاعمال التحضيريه ج ٥ص ٢٧٧ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٩٤ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٧٢٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٣٦ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ ان الحراسة تطبق عليها فى الأصل احكام الوديعة والوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الاحكام الواردة فى الفصل الخاص بالحراسة . فالحراسة ليست الا صورة خاصة من صور الوديعة . والذلك يغلب على الحارس صفة المودع عنده لا صفه الوكيل ، فهو فى الاصل مكلف بحفظ المال ، وعليه ان يديره فى اثناء ذلك .

ولذلك فانه فى الفقه الاسلامى يرجع الى نصوص هذا الفقه وقواعده التى تقدم ذكرها فى خصوص الوديعة والوكالة . كما يمكن الرجوع الى النصوص الخاصة بالعدل فيما يتعلق بالرهن .

(مادة ٧٣١)

يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعا ، فاذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه على ان يكون بقدر المستطاع من بين ذوى الشأن بعد سماع أقوالهم .

هذه المادة تقابل المادة ٧٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يكون تعيين الحارس ، سواء اكانت الحراسة اتفاقية ام كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعا ، فاذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه » .

وقد عدلت هذه المادة بما يفيد ان يكون تعيين القاضى للحارس بقدر المستطاع من بين ذوى الشأن بعد سماع أقوالهم . فاذا اطمأنت المحكمة الى امانة احد طرفى الخصومة وكفايته ، كان لها أن تعينه حارسا قضائيا ولو اعترض عليه الطرف الآخر ، لاسيما اذا قبل الحراسة دون اجر .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠١٨) فى مجموعة الاعمال التحضيريه ج ٥ ص ٢٨٧ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٩٨ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٧٣٢ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٣٨ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٧٣٢ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تعيين الحارس يراد به المحافظه على مصالح ذوى الشأن جميعا ، حيث يتولى الحارس حفظ المال وادارته ريثما ينحسم النزاع ، وهو ما يملكه ولى الامر ، اذ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ٧٣٢)

يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة سلطة الحارس وما عليه من التزامات وماله من حقوق ، والا تنطبق احكام الوديعه واحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعه الحراسه والاحكام المنصوص عليها فى هذا الفصل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة ، والا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الاحكام الآتية » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠١٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٨٨ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٠٠ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٧٣٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده والوكيل ، كما ان له حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل . وبناء على ذلك يلتزم الحارس بأن يتسلم المال ويحافظ عليه ، وبأن يدير هذا المال ، ويقدم حسابا عنه ، ويرده فى النهاية . كما يثبت له حق تقاضى الاجر ، واسترداد المصروفات والتعويض .

(مادة ٧٣٣)

١ – يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود اليه حراستها، وبادارة هذه الأموال .

٢ – ويجب ان يبذل فى ذلك عناية الشخص العادى . ولايجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك .

٣ – ولايجوز له ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، ان يعهد الى احد ذوى الشان باداء مهمته كلها او بعضها ، دون رضاء الآخرين .

هذه المادة تقابل المادة ٧٢٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهود اليه حراستها ، وبادارة هذه الاموال . ويجب ان يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد .

٢ – ولا يجوز له ، بطريق مباشر او غير مباشر . ان يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشان ، دون رضاء الآخرين » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – ادخلت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة.

٢ – افردت الفقرة الثانية من المادة المقترحة لبيان ما يجب على الحارس أن يبذله من عنايه فى اداء مهمته .

٣ – استكمل حكم الفقرة الثانيه بالنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة فيها . وهذا بعكس الحكم المستقر فيها والذى يقضى بان قواعد المسئوليه فى هذا الصدد لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . فبمقتضى هذه الاضافة لا يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية الحارس أو تخفيفها او الاعفاء منها . وقد سبق ذكر مثل هذا الحكم فى الوديعة (م ٧١٦ من المشروع) . وهذا كما سبق القول ، تطبيقا للمادة ٢٢٩ من المشروع التى لا تجيز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة . أو على أعفائه من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامة التعاقدى . اذ أن مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٩٠ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٤٠ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ ان الحراسة تختلف عن الوديعة فيما يتعلق بالقدر الواجب من العناية فى اداء مهمة كل منهما . فقد تقدم أن الوديعة اذا كانت بغير اجر ، وهذا هو الأصل ، وجب على المودع عنده ان يبذل فى حفظها العناية التى يبذلها فى حفظ ماله ، دون ان يكلف فى ذلك ازيد من عناية الشخص العادى . واذا اكانت باجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل فى حفظها عناية الشخص العادى (م٧١٦ من المشروع) . بينما فى الحراسة يجب على الحارس ان يبذل دائما عناية الشخص العادى . ويعلل ذلك عادة بأن الحارس ، بخلاف المودع عنده ، مفروض الى حدما على طرفى النزاع ، ولذلك تشدد الشارع فى مسئوليته .

وهذا الحكم فيما يتعلق بمسئولية الحارس يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى خصوص الوديعة : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها فى هذا الصدد تحت المادة ٧١٦ من المشروع .

وفيما يتعلق بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة فى مسئولية الحارس ، فان هذا يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى الوديعة : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها فى هذا الصدد تحت المادة ٧١٦ من المشروع .

وفيما يتعلق بعدم جواز ان يعهد الحارس الى احد ذوى الشان باداء مهمته دون رضاء الآخرين . فان هذا حكم يرجع الى طبيعة الحراسة ، باعتبار ان قيام احد ذوى الشان بمهمة الحارس ينطوى على خطر على مصالح الاخرين ، وهو الخطر الذى أريد تلافيه بفرض الحراسة . اما اذا كان من يعهد اليه الحارس بحفظ المال ليس أحدا من طرفى النزاع ، فان حكم الوديعة هو الذى ينطبق . فبمقتضى هذا الحكم لا يجوز للحارس أن ينيب عنه اجنبيا من غير ذوى الشان فى حفظ المال الا بموافقة ذوى الشأن جميعا ، او الا اذا اضطر الى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (أنظر م ٧١٧ من المشروع فى الوديعة) . وهذا الحكم فيما يتعلق بالوديعة يتفق مع ما يقرره الفقة الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها فى هذا الصدد تحت المادة ٧١٧ من المشروع .

(مادة ٧٣٤)

لا يجوز للحارس فى غير اعمال الادارة ان يتصرف الا برضاء ذوى الشان جميعا او بترخيص من القضاء .

هذه المادة تطابق المادة ٧٣٥ من التقنين الحالى .
وتتفق مع المادة ٧٤١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٠٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٩٢

والحارس نائب عن صاحب العمل فى أعمال الادارة ، وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة (انظر م ٦٩٤ من المشروع) وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة ٦٩٥ من المشروع .

وليس للحارس ان يقوم بأعمال التصرف الا برضاء ذوى الشـان جميعا او بترخيص من القضاء . فسلطة الحارس تقتصر على حفظ المال وادارته ، دون التصرف فيه . وفى الوديعة تقتصر مهمة المودع عنده على حفظ المال المودع ، ومن ثم فمن البديهى انه لا يجوز له التصرف فى هذا المال . بل انه لايجوز له ان يستعمل المال دون اذن المودع (م٢/٧١٥ من المشروع) . وهذا شأن الحارس ، حيث يغلب عليه صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو فى الاصل مكلف بحفظ المال ، وعليه ان يديره فى أثناء ذلك .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها فى خصوص الوديعة تحت المادة ٧١٥ من المشروع .

(مادة ٧٣٥)

١ - يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضى الزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة .

٢ - ويلتزم ان يقدم لذوى الشان كل سنة على الاكثر حسابا بما تسلمه وبما انفقه ، معززا بما يثبت ذلك من مستندات . واذا كانت المحكمة قد عينته ، وجب عليه فوق ذلك ان يودع ادارة كتابها صورة من هذا الحساب .

هذه المادة تطابق المادة ٧٣٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط فى نهاية الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ٧٤٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٠٣ من التقنين الاردنى .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٢) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذى ادخل عليها فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص٢٩٥ - ٢٩٧ .

والحارس نائب عن صاحب المال ، فهو يلتزم بتقديم حساب كما يلتزم الوكيل . وتزيد المادة المقترحة على ذلك بان نظمت هذا الالتزام بالنسبة الى الحارس تنظيما دقيقا على الوجه المبين فى هذه المادة .

وحكم المادة المقترحة يسلم به الشرع الاسلامى لانه من مقتضيات عمل الحارس الذى يعمل لحساب صاحب المال . فهذا العمل يقتضى منه ان يطلع ذوى الشان عما وصل اليه فى حراسته وان يقدم حسابا منها .

(مادة ٧٣٦)

على الحارس ، متى انتهت الحراسة ، ان يبادر الى رد المال المعهود اليه حراسته الى من يختاره ذوو الشان او من يعينه القاضى .

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « وعلى الحارس حينئذ (اى عند انتهاء الحراسة) ان يبادر الى رد الشىء المعهود اليه حراسته الى من يختاره ذوو الشان او من يعينه القاضى » .

وتتفق مع ما جاء فى نهاية المادة ٩٠٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٢/٧٤٤ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٢/١٠٢٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٩٩

ويلتزم الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته كما يلتزم المودع عنده برد المال المودع ، وتسرى احكام التزام المودع عنده بالرد على التزام الحارس بالرد (انظر م ٧١٨ من المشروع) .

وفى الفقة الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى سبق ذكرها فى خصوص الوديعة تحت المادة ٧١٨ من المشروع ، حيث تتفق احكام هذه المادة مع احكام الفقه الاسلامى .

(مادة ٧٣٧)

١ - تعتبر الحراسة باجر ، مالم يكن الحارس قد نزل عنه .

٢ - وللحارس ان يسترد ما انفقه من مصروفات فى حفظ وفى ادارة المال المعهود اليه حراسته .

هذه المادة تتفق فى فقرتها الاولى مع المادة ٧٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « للحارس ان يتقاضى اجرا ، مالم يكن قد نزل عنه » .

وتتفق جميعها مع الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « للحارس ان يتقاضى اجرا ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك . وله ان يسترد ما انفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى ادارته » . وقد حذفت فى لجنة المراجعة العبارة الاخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات اكتفاء بالقواعد العامة .

انظر المذكرة الايضاحية للفقرة الاولى من المادة ١٠٢٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ص ٢٩٣و٢٩٤

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٤٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٩٠٤و٩٠٥ من التقنين الاردنى .

فالاصل فى الحراسة أن تكون بأجر ، حتى لو لم يشترط ذلك . فلا يكون الحارس غير ماجور الا اذا نزل صراحة او ضمنا عن الأجر . وفى هذا يتفق الحارس مع الوكيل (م ١/٧٠٤ من المشروع) ، ويختلف عن المودع عنده (م ١/٧٢٠ من المشروع) .

ويسترد الحارس ماانفقه من مصروفات فى حفظ المال وفى ادارته ؛ شأنه فى أسترداد نفقات الحفظ شأن المودع عنده (م٧٢١ من المشروع) وفى استرداد نفقات الادارة شأن الوكيل فى استرداد نفقات تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥ من المشروع) • كما يرجع بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب قيامه بمهمته ، مالم يكن ذلك ناشئا عن خطأ منه ، شأنه فى ذلك أيضا شأن المودع عنده (م٧٢١ من المشروع) والوكيل (م٧٠٦ من المشروع)

وفى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بالفقرة الاولى من المادة المقترحة : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها فى خصوص الوكالة تحت المواد ٧٠٤ – ٧٠٦ من المشروع ، وفى خصوص الوديعة تحت المادتين ٧٢٠ و ٧٢١ من المشروع •

(مادة ٧٣٨)

تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشان جميعا او بحكم القضاء •

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٧٣٨ من التقنين الحالى •

وتتفق مع المادة ٧٤٤ / ١ من التقنين الكويتى •

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٩٠٨ من التقنين الاردنى •

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٤ / ١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٩٨ و ٢٩٩ •

الباب الرابع

عقود الغرر

الفصل الاول

المقامرة والرهان

(مادة ٧٣٩)

١ – يقع باطلا كل اتفاق على مقامرة او رهان •

٢ – ولمن خسر فى مقامرة او رهان ان يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنين من الوقت الذى ادى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك • وله ان يثبت ما اداه بجميع الطرق •

هذه المادة تطابق المادة ٧٣٩ من التقنين الحالى، مع تعديل لفظى طفيف•

وتطابق المادة ٩٧٥ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان مدة الاسترداد سنة

وتتفق مع المادة ٩١٥ من التقنين الأردنى ، فيما عدا مدة الاسترداد ستة أشهر •

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٥) ص ٣٠١ و ٣٠٢ •

وحكم المادة المقترحة تامر به الشريعة الاسلامية • فقد جاء فى الاية الكريمة : « يايها الذين امنو انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » • والميسر هو المقامرة أو الرهان فلا تعتبر المقامرة أو الرهان سببا شرعيا لكسب المال • وقد نصت المادة ٩٧ من المجلة على انه « لا يجوز لاحد أن ياخذ مال أحد بلا سبب شرعى » •

وهناك فارق جوهرى بين المقامرة والرهان :

فالمقامرة عقد يقوم فيه المقامر بدور ايجابى يبذل فيه جهده فى سبيل تحقيق هدف معين ، ويدفع بمقتضاه اذا خسر المقامرة للمقامر الآخر الذى كسبها مبلغا من النقود أو أى شىء آخر يتفق عليه • ومثلها المباراة فى الالعاب الرياضية ، كالجرى والقفز والمصارعة •

والرهان عقد لا يقوم فيه المتراهن باى دور فى سبيل تحقيق صدق ما يقوله فى واقعة غير محققة ، ويدفع بمقتضاه اذا لم يصدق قوله فى الواقعة للمتراهن الذى يصدق قوله فيها مبلغا من النقود او اى شىء آخر يتفق عليه • ومثله أن يتراهن عدد من الناس يشهدون مباراة فى سباق الخيل والرماية او الجرى ، ولا يشتركون فيها ، على من يكون الكاسب من المتبارين •

والقاعدة هى تحريم المقامرة والرهان، فكل من العقدين باطل لمخالفته للاداب والنظام العام • فهو مخالف للاداب لان المقامرة تقوى فى نفسه غريزة حب الاثراء عن طريق المصادفة ، لا عن طريق العمل المنتج • وهو مخالف للنظام العام لانه كثيرا ما يؤدى الى الخراب وأثارة الحقد والبغضاء والانصراف عن عمل منتج يعود على المجتمع بالخير • وهذا المعنى واضح فى الاية الكريمة التى تقول : « انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاه فهل انتم منتهون » •

(مادة ٧٤٠)

١ – يستثنى من احكام المادة السابقة المقامرة التى تعقد بجعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة او الاستعداد لاسباب القوة •

٢ – ويصح ان يكون الجعل من احد المتسابقين او من غيرهما على ان يعطى للفائز •

٣ – ولا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلان يفوز منهما قبل الآخر•

هذه المادة تقابل المادة ٧٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – يستثنى من احكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية • ولكن للقاضى أن يخفض هذا الرهان اذا كان مبالغا فيه •

٢ – ويستثنى ايضا ما رخص به قانونا من أوراق النصيب » .

وقد استعيض عن هذه المادة بالمادة المقترحة . حيث روعى ما يأتى :

(١) استعملت كلمة « المقامرة » بدلا من كلمة « الرهان » الواردة فى النص الحالى ، لان التعبير بكلمة « الرهان » غير دقيق . اذ المقصود المقامرة ، وهى التى يقوم فيها المقامر بدور ايجابى يبذل فيه جهده فى سبيل تحقيق هدف معين .

(٢) استعملت عبارة « فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لاسباب القوة » بدلا من عبارة « فى الالعاب الرياضية » ، ليكون التعبير شاملا لكل ما من شأنه رياضة الجسم وتوفير اسباب الصحة والقوة . فيدخل تحت هذا التعبير الشامل : العاب الجمباز والألعاب السويدية ، والكرة ، والتنس ، والرى ، والقفز ، والمصارعة ، وسباق الخيل والسباحة والتجديف ، والرماية ، وكل نشاط آخر يقوم على المهارة ورياضة الجسم وتقويته .

ولايدخل تحت هذا التعبير كل نشاط لا يقوم على رياضة الجسم وتقويته ، ولو اعتمد على المهارة الفكرية ، كالشطرنج ، والطاولة ، والدومينو ، وجميع العاب الورق من بريدج وبوكر وكونكان ونحو ذلك كذلك لا يدخل تحت هذا التعبير ما يعتمد على مجرد الحظ ، كالروليت ، واوراق النصيب . ففى جميع هذه الصور و نحوها تكون المباراة مقامرة او رهانا غير مشروع .

(٣) حذفت الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى ، وهى التى تستثنى ايضا ما رخص به قانونا من اوراق النصيب . فاعمال النصيب رهان غير مشروع ، لانها تعتمد على مجرد الحظ والصدفة ، فلا يقوم فيها المتراهن باى جهد منتج يعود على المجتمع بالخير . ولا يكفى لتبرير استثنائها أن جزءا من الكسب الذى تدره يقتطع للاغراض الخيرية كما تقول المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالى (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٠٤) . اذ أن ما يحصل عليه الفائز من مال لا يستند الى سبب شرعى ، وليس هناك عمل منتج يراد تشجيع الفائز على القيام به كما هو الشأن فى الاستثناء الوارد فى المادة المقترحة .

(٤) وبمقتضى المادة المقترحة يقتصر الاستثناء على المقامرة التى تنصب على ما هو من الرياضة او الاستعداد لاسباب القوة ، بحيث يشمل ذلك كل مامن شأنه رياضة الجسم وتوفير اسباب الصحة والقوة كما سبق القول .

ويصح ان يكون الجعل الذى يبذل فى هذه المقامرة من احد المتسابقين أو من غيرهما على ان يعطى للفائز .

فقد يبذل الجعل من احد المتسابقين . كان يقول احدهما للآخر : ان سبقتنى فلك على مائة جنيه ، وان سبقتك فلا شىء عليك . فهذا جائز ، لانه لا يحتمل القمار فلا يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم ، وانما يحمل على التحريض على الرياضة والاستعداد لاسباب القوة .

وقد يبذل الجعل من غير المتسابقين ، كان تقدم الدولة اواحد الاندية او غيرها من الجمعيات مبلغا او مالا آخر لمن يفوز فى مباراة معينة . فهذا ايضا جائز للسبب المتقدم .

لكن لايجوز ان يشترط المتعاقدان جعلا لمن يفوز منهما نحو الآخر . كان يقول احدهما للآخر . ان سبقتنى فلك على مائه جنيه ، وان سبقتك فلى عليك مائه جنيه ، فهذا غير جائز لانه يحتمل القمار بمعنى ان يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم . وكان يقدم كل من المتسابقين مالا يكون جميعه لمن يفوز منهما . فهذا ايضا غير جائز ، لانه يحتمل القمار . لكن اذا اشترك فى السباق ثلاثة ، فقدم اثنان منهما المال ولم يقدم الثالث شيئا ، فان سبق احد اللذين قدما المال اخذه كله ، وان سبق الثالث اخذ المال كله وان لم يسبق لا يغرم شيئا ، فان هذا يجوز . ولهذا سمى ذلك الشخص الثالث محللا لانه بسببه اصبح المال حلالا .

وفيما يلى النصوص الشرعية فى هذا الصدد :

فقد جاء فى بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٦ ما يأتى : « شرائط جواز السباق : ١ – ان يكون فى الانواع الاربعة : الحافر والخف والنصل والقدم لافى غيرها ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا سبق الا فى خف او حافر او نصال » . الا انه زيد عليه السبق فى القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها . ففيما وراءه بقى على اصل النفى ولانه لعب واللعب حرام فى الاصل ، الا ان اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا ..... لان الاستثناء يحتمل ان يكون لمعنى لا يوجد فى غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد فى الجملة . ٢ – ان يكون الخطر من احد الجانبين الا اذا وجد فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لايجوز لانه فى معنى القمار ، نحو ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر . ولو قال احدهما لصاحبه أن سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شىء عليك فهو جائز ، لان الخطر اذا كان من احد الجانبين لا يحتمل القمار ، فيحمل على التحريض على استعداد اسباب الجهاد فى الجملة بمال نفسه وذلك مشروع . وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخلا فيه محللا ، فان كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق اخذ الخطر وان لم يسبق لايغرم شيئا ، فهذا مما لا بأس به ايضا . وكذلك مما يفعله السلاطين ، وهو ان يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان .

٣ – ان تكون المسابقة فيما يحتمل ان يسبق ويسبق من الأشياء الاربعة حتى لو كان فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز ، لان معنى التحريض فى هذه الصورة لا يتحقق ، فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا » .

وجاء فى المحلى ج ٧ :

فقرة ٩٧٠ : مسألة : وتعليم الرمى عن القوس والاكثار منه فضل حسن . روى ... يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم . الا ان القوة الرمى ستفتح عليكم ارضون ويكفيكم الله فلا يعجز احدكم ان يلهو بسهمه » .

فقرة ٩٧١ : مسالة : والمسابقة بالخيل والبغال والحمير وعلى الاقدام حسن . والمناضلة بالرماح والنبل والسيوف حسن .

وفى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا سبق الا فى حافر او خف او نصل » .

قال ابو محمد : الخف اسم يقع على الابل فى اللغة العربية . والحافر فى اللغة لا يقع الا على الخيل والبغال والحمير . والنصل لايقع الا على السيف والرمح والنبل . والسبق هو ما يعطاه السابق.

فقرة ٩٧٢ : مساله : والسبق هو ان يخرج الأمير او غيره مالا يجعله لمن سبق فى احد هذه الوجوه فهذا حسن . او يخرج احد المتسابقين فيما ذكرنا مالا فيقول لصاحبه : ان سبقتني فهو لك وان سبقتك فلا شيء لك على ولا شيء لى عليك فهذا حسن . فهذان الوجهان يجوزان فى كل ما ذكرنا . ولا يجوز اعطاء مال فى سبق غير هذا اصلا للخبر الذى ذكرنا آنفا . فان اراد ان يخرج كل واحد منهما مالا يكون للسابق منهما لم يحل ذلك اصلا الا فى الخيل فقط ، ثم لا يجوز ذلك فى الخيل ايضا الا بان يدخلا بينهما فارسا على فرس يمكن ان يسبقهما ويمكن الا يسبقهما ولا يخرج هذا الفارس مالا اصلا ، فاى المخرجين للمال سبق أمسك ماله نفسه واخذ ما اخرج صاحبه حلالا ، وان سبقهما الفارس الذى ادخلا وهو يسمى المحلل اخذ المالين جميعا فان سبق فلا شيء عليه وما عدا هذا فحرام » .

وجاء فى نهاية المحتاج ج ٨ص ١٦٤ ــ ١٧٣ :

« .. ويجوز شرط المال من غيرهما بان يقول الامام او احد الرعية من سبق منكما فله فى بيت المال ، وهذا مختص بالامام او نائبه ، او فله على كذا وهذا عام لكل احد حتى الامام لما فى ذلك من الحض على تعلم الفروسية وبذل مال فى قربة ويؤخذ منه ندب ذلك . ويجوز شرطه من احدهما فيقول ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شيء لى عليك ؛ اذ لا قمار . وان شرط ان من سبق منهما فله على الآخر كذا لم يصح لتردد كل بين ان يغنم او يغرم وهو قمار محرم الا بمحلل كفء لهما فى المركوب وغيره وفرسه مثلا المعين كفء اى مساو لفرسيهما ان سبق اخذ مالهما وان سبق لم يغرم شيئا ، ولهذا سمى محللا لحل المال بسببه وحينئذ فيصح ... » .

وجاء فى المغنى لابن قدامه (المغنى فى الشرح الكبير : فقه ابن حنبل) : ص ١٢٧ : «المسابقة جائزة بالسنة والاجماع ... فاما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقا من غير تقييد بشيء معين .

واما المسابقة بعوض فلا تجوز الا بين الخيل والابل والرمى .

ص ١٣٠ : ان المسابقة ان كانت بين اثنين او حزبين لم تخل اما ان يكون العوض منهما او من غيرهما . فان كان من غيرهما نظرت . فان كان من الامام جاز سواء كان من ماله او من بيت المال لان فى ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين . وان كان غير الامام جاز له بذل العوض من ماله . وبهذا قال ابو حنيفة والشافعى.

وقال مالك لا يجوز بذل العوض من غير الامام لان هذا مما يحتاج اليه للجهاد فاختص به الامام لتوليه الولايات وتامير الامراء .

ولنا انه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا . فان كان منهما اشترط كون الجعل من احدهما دون الآخر فيقول ان سبقتنى فلك عشرة ولئن سبقتك فلا شيء عليك فهذا جائز ، وحكى عن مالك انه لا يجوز لانه قمار .

ولنا ان احدهما يختص بالسبق فجاز كما لو اخرجه الامام ، ولا يصح ماذكره لان القمار الا يخلو كل واحد منهما من ان يغنم او يغرم وههنا لاخطر على احدهما فلا يكون قمارا . فاذا سبق المخرج احرز سبقه ولا شيء له على صاحبه ، وان سبق الآخر اخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لانه عوض فى الجعالة فيملك فيهما .

ص ١٣١ : المسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد وهو قول ابى حنيفة واحد قولى الشافعى وقال فى الآخر هو لازم ان كان العوض منهما وجائز اذا كان من احدهما او من غيرهما .

ص ١٣٢ : اذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما او لجماعة ايكم سبق فله عشرة جاز .

الفصل الثانى

المرتب مدى الحياة

(مادة ٧٤١)

١ ــ يجوز ان يلتزم شخص لآخر بان يؤدى له مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض او بغير عوض .

٢ ــ ويترتب هذا الالتزام بعقد او بوصية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ــ يجوز للشخص ان يلتزم بان يؤدى الى شخص اخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض او بغير عوض .

٢ ــ ويكون هذا الالتزام بعقد او بوصية » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى التقنين الحالى (م ١٠٢٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٠٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٧ من التقنين العراقى .

والفقرة الاولى منها تطابق الفقرة الاولى من المادة ٩١٦ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو ذلك المبدا الاساسى فى الشريعة الاسلامية ، كما هو الشان فى القانون الوضعى ، الذى يقضى بوجوب

الوفاء بالوعد . وقد جاء فى الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » . وجاء فى الحديث الشريف : « المسلمون عند شروطهم » .

(مادة ٧٤٢)

لا يكون العقد الذى يقرر المرتب صحيحا الا اذا كان مكتوبا ، وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا ، وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى طفيف على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٣/٩١٦ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٣٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣١١ و ٣١٢ .

ويهدف حكم المادة المقترحة الى المحافظة على مصلحة الطرفين ، لأن المرتب مقدر له أن يدوم طول حياة الانسان ، وقد تطول هذه الحياة ، فوجبت الكتابة حتى تتوفر للطرفين السند اللازم مدة بقاء المرتب . وهذا هدف تدعو اليه الشريعة الاسلامية . وقد جاء فى الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

(مادة ٧٤٣)

١ – يجوز ان يكون المرتب مقررا مدى حياة المستحق له او مدى حياة الملتزم به او مدى حياة شخص آخر .

٢ – ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة المستحق له ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز ان يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له او مدى حياة الملتزم او مدى حياة شخص آخر .

٢ – ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له اذا لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٨) وتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٠٨ – ٣١١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩١٧ من التقنين الاردنى .

وفيما يتعلق بالسند الشرعى للمادة المقترحة : انظر ما تقدم ذكره تحت المادة ٧٤١ .

(مادة ٧٤٤)

لا يصح ان يشترط عدم جواز الحجز على المرتب الا اذا كان قد تقرر على سبيل التبرع .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يصح ان يشترط عدم جواز الحجز على المرتب الا اذا كان قد قرر على سبيل التبرع » .

وقد استبدلت فى هذا النص كلمة « تقرر » بكلمة « قرر » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٣١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣١٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٨٠ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يهدف الى حماية مصلحة مشروعة (انظر ما سيأتى فى شرط المنع من التصرف) . وهذا مايملكه ولى الامر ، اذ أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ٧٤٥)

١ – لا يكون للمستحق حق فى المرتب الا عن الايام التى عاشها من ربط المرتب بحياته .

٢ – على انه اذا اشترط الدفع مقدما ، كان للمستحق الحق فى القسط الذى حل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لا يكون للمستحق حق فى المرتب الا عن الايام التى عاشها من قرر المرتب مدى حياته .

٢ – على انه اذا اشترط الدفع مقدما ، كان للمستحق حق فى القسط الذى حل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٣٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣١٤ و ٣١٥ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٨١ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى للفقرة الأولى من المادة المقترحة تلك القاعدة التى تقضى بوجوب مراعاة الشرط بقدر الامكان (م ٨٣ من المجلة) . وهى القاعدة ذاتها المقررة فى القانون الوضعى .

اما الفقرة الثانية ، ولو انها استثناء يرد على حكم الفقرة الاولى، الا ان سندها الشرعى ان مادخل فى ذمة الشخص بسبب شرعى أصبح من حقه . والسبب الشرعى هنا هو العقد او الوصية الذى شرط فيه الدفع مقدما .

(مادة ٧٤٦)

اذا لم يقم الملتزم بالمرتب بتنفيذ التزامه ، كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد ، وان كان العقد بعوض جاز له ايضا ان يطلب فسخه ، مع التعويض ان كان له مقتض .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٤٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « اذا لم يقم المدين بالتزامه ، كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد ، وان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه ، مع التعويض ان كان له محل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

وقد كان فى الوسع اغفال هذه المادة ، فحكمها ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، ولم ينص عليه التقنين الحالى الا لاظهار مخالفته لحكم التقنين الفرنسى والتقنين المصرى القديم . ومع ذلك فقد رؤى الابقاء عليها ، مادام أن ليست هناك ضرورة توجب حذفها .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٨٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩١٨ من التقنين الاردنى .

وحكمها يتفق مع ماهو مقرر فى الفقه الاسلامى طبقا للقواعد العامة فى الضمان .

الفصل الثالث

عقد التامين

نظرة عامة :

انقسم الفقهاء فى نظرتهم الى التامين .

ففريق منهم يجيزه . وهؤلاء يختلفون فى الاساس الذى تقوم عليه شرعية التامين : فقائل انه يجوز شرعا اذا ركان ينطوى على مضاربة (فتوى الامام محمد عبده فى شأن التامين على الحياة : المحاماة ٥ ـ ٥٦٣ ـ ٤٦٠) . وقائل انه لا يخالف نظام التعاقد الشرعى وشرائطه العامة ، ويشبهه بعقد الموالاة وضمان خطر الطريق والوعد الملزم ونظام العواقل فى الاسلام (مصطفى الزرقا : عقد التامين وموقف الشريعة الاسلامية : مجلة حضارة الاسلام بدمشق سنة ١٩٦١) . وقائل أنه حلال ، حيث لم يرد نص فى تحريمه ، والأصل فى العقود الاباحة ؛ وليس فيه شبهة غرر أو قمار ، وانما هو نظام تعاونى بديع يقوم على توزيع المخاطر وتشتيتها بين أكبر عدد ممكن من الافراد، وقد قال رب العالين : « وتعاونوا على البر والتقوى » (على الخفيف ، بحث قدم الى مجمع البحوث الاسلامية المنعقد سنة ١٩٦٥ . برهام محمد عطا الله : بحث فى التامين وشريعة الاسلام : مجلة أدارة قضايا الحكومة ٦ سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ٧٨ وما بعدها) . ومنهم من يقيس التامين من المسئولية على عقد الموالاة (احمد طه السنوسى فى عقد التامين فى التشريع الاسلامى : مجلة الازهر المجلد ٢٥ سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٣ ـ وانظر عيسوى احمد عيسوى فى عقد التامين من وجهة نظر الشريعة الاسلامية والقانون (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليه سنة ١٩٦٢ ص ١٦٧ وما بعدها) .

وفريق منهم يحرمه . وهؤلاء يختلفون أيضا فى الأساس الذى يقوم عليه التحريم : فمنهم من يذهب الى تحريمه لانه لا يشبه عقدا من العقود المعروفة فى الفقه الاسلامى ؛ فهو ليس وديعة بأجر ، ولا يعتبر من قبيل ضمان خطر الطريق (ابن عابدين ج٣ ص٣٤٥ ـ محمد نجيب المطيعى : المشار اليه فى مقال عيسوى احمد عيسوى السابق الاشارة اليه ص١٨٧ و ١٨٨) . ومنهم ما يحرمه فى صور التامين من الحريق على اساس ان ضمان الأموال اما ان يكون بطريق الكفالة ، او بطريق التعدى أو الاتلاف . فالتامين من الحريق ليس بكفالة قطعا ، ولا هو ضمان تعد ولا ضمان اتلاف وليس بعقد مضاربة ، لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرط ، وشركة التامين انما تاخذ المبالغ التى تاخذها فى نظير ضمان ما عساه ان يلحق الملك المؤمن عليه من الضرر ، وتارة هذا الضرر يقع وتارة لا يقع ، فيكون هذا العمل قمارا معنى ، يحرم الاقدام عليه شرعا (عبد الرحمن قراعة ، المحاماة ٥ ـ ٤٦٦ ـ ٣٩٤) . ومنهم من يحرمه فى صدر التامين على الحياة ، لانه ليس مضاربة ، واذا قيل انه قرض فهذا قرض جر نفعا وهذا هو الربا وهو حرام . واذا مات المؤمن له بعد دفع قسط واحد مثلا ، وادت الشركة مبلغ التامين كله ، فهذه مقامرة ، وحياة الانسان وموته لا يجوز أن تكون محلا للتجارة (احمد ابراهيم ، مجلة الشبان المسلمين ١٣ عدد ٣ فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٤١) ومنهم من يرى أن التامين التعاونى والاجتماعى حلال لا شبهة فيه ، أما التامين غير التعاونى فغير جائز لان فيه قمارا أو شبهة قمار ، وفيه غرر وربا ولا توجد ضرورة اقتصادية توجبه (محمد أبو زهرة ، مجلة حضارة الاسلام بدمشق سنة ١٩٦١ ص ٥٢٤) . ومنهم من يرى أن جميع أنواع التامين غير التعاونى حرام لانطوائها على غرر فى الحصول وفى المقدار وفى الاجل (حسين حامد ، بحث فى حكم الشريعة الاسلامية فى عقود التامين) .

غير أنه يلاحظ أن عقد التأمين له جانبان : أولهما جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له . وثانيهما هو جانب العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم ، وهذا الجانب يجب أن يكون له الاعتبار الاول . فشركة التأمين لاتبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد ، أو مع عدد قليل من المؤمن لهم . ولو انها فعلت ذلك ، لكان عقد التأمين مقامرة أو رهانا ، ولكان عقدا غير مشروع ، لا فى الشريعة الاسلامية فحسب، بل أيضا فى القانون المصرى وجميع القوانين التى تحرم المقامرة والرهان . ولكن الشركة تتعاقد مع عدد كبير من المؤمن لهم ، ويقدم كل منهم اداء ماليا معينا ، ومن مجموع ما يقدم اليها من هؤلاء جميعا تعوض العدد القليل الذى يقع له الحادث أو ينزل به الخطر المؤمن لهم يتعاونون جميعا فى تعويض هذا العدد القليل ، وبذلك توزع الخسارة على الجميع .

ويتضح من هذا أن التأمين فى وضعه الحالى ليس الا تعاونا منظما بين عدد كبير من الناس معرضين جميعا لخطر واحد ، حتى اذا تحقق الخطر بالنسبة الى بعضهم تعاون الجميع على مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها اضرارا جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون . وشركة التأمين فى الوضع الحالى ليست الا الوسيط الذى ينظم هذا التعاون على أسس فنية صحيحة . فالتأمين تعاون محمود ، يساعد به المتعاونون بعضهم بعضا (أنظر فى هذا المعنى : السنهورى الوسيط ج٧ فى عقد التأمين فقرة ٥٤٢ فى المتن والهامش) .

وبالرغم من سلامة هذا التصوير ، باعتبار عقد التأمين منطويا على تعاون محمود بين المؤمن لهم يقره الشرع الاسلامى ويدعو اليه ، فقد عمد المشروع الى تنظيم التأمين على اساس قيام شركة مضاربة بين المؤمن لهم وشركة التأمين التى تتولى ادارة أموال التأمين واستثمارها وذلك حرصا على استبعاد اية شبهة فى مشروعية التأمين . ففى شركة المضاربة هذه يقدم المؤمن لهم رأس المال ، وهو عبارة عن مجموع الاقساط أو الدفع المالية الأخرى التى يقدمها هؤلاء ، ويقدم المؤمن العمل ، حيث يتولى ادارة واستثمار أموال التأمين . ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها . وقد نظم الفقه الاسلامى شركة المضاربة باعتبارها طريقة مشروعة لاستثمار المال ، واقتبس المشروع احكامها من هذا الفقه .

وهذه الطريقة فى تنظيم التأمين تتسق مع اعتباره عقد تعاون لامعاوضة ، وتستبعد عنصر الغرر فيه ، فلا يبقى مجال للشك فى مشروعية . هذا الى ما تمتاز به من القضاء على استغلال شركات التأمين للمؤمن لهم . فهى فى الوضع الحالى تستثمر أموال التأمين وتستأثر بها وبثمارها ، مع انها أموال المؤمن لهم ولهم نصيب فى ثمارها . وازاء ذلك واجه المشروع هذه المسألة بطريقة حاسمة حدد فيها وضع أموال التأمين وفقا لما هو مقرر فى شركة المضاربة .

والى جانب هذه ، فقد عنى المشروع بالنص على جمعيات التأمين التبادلية ، وهى بمثابة جمعيات تعاونية ، يحدد الاعضاء فيها الاخطار التى يتعرضون لها ، ويقومون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة اليه منهم من الاشتراكات التى يؤديها الاعضاء . وبهذا واجه المشروع واقعا عمليا يقوم على تعاون صرف بين أعضاء هذه الجمعيات .

واذا كان عقد التأمين ليس له نظير فى الفقه الاسلامى ، فان ذلك يرجع الى أن الفقهاء قد تناولوا العقود التى يغلب أن يقع بها التعامل فى زمنهم ، فاذا استحدثت عقود أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها كانت عقود مشروعة .

(مادة ٧٤٧)

التأمين عقد تعاون يقدم المؤمن له بمقتضاه اقساطا او اية دفعة مالية اخرى لمواجهة حادث او خطر معين ينزل باى من المؤمن لهم ،

فيكون على المؤمن ان يؤدى الى المؤمن له او الى المستفيد مبلغا من المال او ايرادا مرتبا او اى اداء مالى آخر فى حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المبين فى العقد .

هذه المادة تقابل المادة ٧٤٧ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه ان يؤدى الى المؤمن له أو الى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا مرتبا او اى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك فى نظير قسط او اية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » .

ويؤخذ على هذا التعريف انه يتناول عقد التأمين من احد جانبيه ، وهو جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له . ولكن التأمين جانبا آخر ، وهو العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم . وهذا الجانب يجب أن يكون له الاعتبار الأول كما سبق القول .

ولهذا رئى أن يكون التعريف المقترح شاملا لهذين الجانبين ، بحيث يخلص منه ان عقد التأمين فى حقيقته عقد تعاون بين المؤمن لهم فى تعويض من يقع له الحادث أو ينزل به الخطر المؤمن منه ، وبذلك توزع الخسارة على الجميع .

والسند الشرعى للنص المقترح تلك القاعدة الفقهية التى جاءت فيما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « المسلمون عند شروطهم » . فكل اتفاق تتوافر فيه الشروط التى يقررها الفقة الاسلامى يكون عقدا مشروعا (انظر فى هذا : البدائع ج ٥ ص ٢٩٥) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٩٣ من التقنين العراقى ، وهى تتفق مع المادة ٧٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٩٢٠ من التقنين الاردنى ، وهى تتفق مع المادة ٧٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٧٣ من التقنين الكويتى ، وهى تتفق مع المادة ٧٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٧٤٨)

لايكون طلب التأمين ملزما للمؤمن ولاللمؤمن له الابعد اتمام العقد، ولا يتم العقد الا اذا وقع المؤمن وثيقة التامين وسلمت هذه الوثيقة

للمؤمن له . على ان العقد يتم ، حتى قبل تسليم الوثيقة ، اذا سلم المؤمن المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة وذلك وفقا للشروط الواردة فيها.

هذه المادة مستمدة من المادتين ١٠٤٨ و ١/١٠٤٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، والمادة ٣ من مشروع قانون أعدته وزارة الاقتصاد .

وبمقتضاها يكون عقد التامين عقدا شكليا لايتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، وانما يجب لانعقاده تحرير وثيقة التامين وتوقيعها من المؤمن وتسليم هذه الوثيقة للمؤمن له . ومن ثم تكون وثيقة التامين ، ويقوم مقامها مؤقتا مذكرة التغطية ، شرطا للانعقاد لا للاثبات .

وبفضل هذا الحكم يمكن معرفة فى اى وقت على وجه الدقة يتم عقد التامين .

وقد يشترط المؤمن ، فضلا عن ذلك ، الا يتم عقد التامين الا بدفع المؤمن له القسط الاول من اقساط التامين ، وفى هذه الحالة يصبح العقد ، لاعقدا شكليا فحسب ، بل أيضا عقدا عينيا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تدوين التعامل فى وثيقة من الأمور المندوب اليها شرعا ، تفاديا للنزاع . ويظهر ذلك فى قوله سبحانه وتعالى : « يايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

(مادة ٧٤٩)

١ ـ يجب ان تكتب وثيقة التامين باللغة العربية ، ويجوز ان تصحبها ترجمة باحدى اللغات الاجنبية . ويسرى هذا الحكم على كل اضافة او تعديل فى وثيقة التامين . وفى حالة النزاع يكون النص العربى هو المعتبر .

٢ ـ ويجب كذلك ان تكتب باللغة العربية طلبات التامين والاقرارات والمستندات التى تتخذ اساسا فى اتمام العقد ، الا اذا رغب المؤمن له فى كتابتها باحدى اللغات الدولية فى التعامل .

هذه المادة مستمدة من المادة ٦ من مشروع قانون اعدته وزارة الاقتصاد ، والمادة ١٠٥٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وعلة حكمها ان وثيقة التامين هى اداة اثبات العقد ، الامر الذى يقتضى أن تكتب بلغة يقراها جمهور المؤمن لهم من المصريين ، حتى تتاح لهم دراسة ماتحتويه من شروط قبل توقيعها . ولذلك لم يقتصر الحكم على ايجاب تحرير الوثيقة باللغة العربية ، بل انه يوجب كذلك ان تحرر كل اضافة أو تعديل فى الوثيقة باللغة العربية . غير انه نظرا الى ان المؤمن له قد يكون اجنبيا لايلم باللغة العربية ، فانه يجوز أن يرافق الوثيقة المحررة باللغة العربية ترجمة لها باحدى اللغات الدولية فى التعامل . على انه فى حالة وقوع اى نزاع بين المؤمن له والمؤمن يكون النص العربى هو الذى يعول عليه . أما طلبات التامين والاقرارات وغيرها من المستندات التى تتخذ اساسا لاتمام العقد ، فالمؤمن له بالخيار بين أن يكتبها باللغة العربية او بلغة أجنبية متداولة فى التعامل (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع وزارة الاقتصاد فى هذا الصدد) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة الاصولية التى تقضى بأن يخاطب الشخص باللغة التى يعرفها . فهذه القاعدة التى يجب ان تراعى فى الخطاب الذى يوجهه الشارع ، يحسن ان تراعى ايضا فى التعامل بين الأشخاص ، حيث يكون العقد بمثابة القانون الذى يحكم العلاقة فيما بينهم .

(مادة ٧٥٠)

يجب ان تتضمن وثيقة التامين ، بالاضافة الى الشروط العامة ، البيانات الآتية :

(ا) تاريخ توقيعها .

(ب) اسماء المتعاقدين وموطن كل منهم .

(جـ) الاشخاص او الاشياء المؤمن عليها .

(د) طبيعة المخاطر المؤمن منها .

(هـ) التاريخ الذى يبدأ منه تامين هذه المخاطر والتاريخ الذى ينتهى فيه .

(و) القسط او الاشتراك او راس المال الذى يؤدية المؤمن له وتاريخ الاستحقاق وطريقة الاداء .

(ز) مقدار التعويض او مبلغ التامين الذى يضمنه المؤمن .

هذه المادة مستمدة من المادة ٥ من مشروع وزارة الاقتصاد ، والمادة ١٠٥٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

فوثيقة التامين ، وهى عقد التامين ذاته ، تتضمن الشروط العامة المطبوعة التى يضعها المؤمن . والى جانب هذه الشروط العامة ، تذكر بيانات تكتب بالالة الكاتبة أو باليد ، وتشمل هذه البيانات :

(١) تاريخ توقيع الوثيقة من المؤمن . فهذا التاريخ يحدد الوقت الذى قبل فيه المؤمن ابرام العقد ، ولكن العقد لايتم الا من وقت وصولها الى المؤمن له موقعا عليها من المؤمن (م٢) . ووقت تمام العقد هو الذى يحدد متى لايجوز الرجوع فيه .

(٢) اسماء المتعاقدين وموطن كل منهم . فهذه تحدد شخصية اطراف العقد .

(٣) الاشخاص أو الاشياء المؤمن عليها ، بحسب مايكون التامين تامينا على الأشخاص فيذكر اسم الشخص ، أو يكون التامين تامينا على الأشياء فتذكر اعيان هذه الأشياء .

(٤) طبيعة المخاطر المؤمن منها . فتذكر انواع هذه المخاطر .

(٥) التاريخ الذى يبدأ منه تامين المخاطر ؛ وهو مبدأ سريان عقد التامين . وكذلك التاريخ الذى ينتهى فيه التامين ، وذلك لبيان مدة العقد .

(٦) القسط او الاشتراك الذى يؤدية المؤمن له . حيث يتعلق الأمر بالقسط اذا كان المؤمن شركة مساهمة ، ويتعلق بالاشتراك اذا كان المؤمن جمعية تبادلية . ويذكر الى جانب ذلك تاريخ الاستحقاق وكيفية الاداء .

(٧) مقدار التعويض او مبلغ التامين الذى يلتزم به المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه . حيث يلتزم المؤمن بالتعويض فى تامينات الاضرار او الخسائر وهى التامينات العامة من حريق ونقل بحرى وسيارات ونحو ذلك . ويلتزم بمبلغ التامين فى التامينات النقدية (الحياة) ، اذ لايمكن تقدير قيمة الخسارة تقديرا كميا ، فيتم الاتفاق على سداد مبلغ معين عند الوفاة مثلا او العجز الدائم او بلوغ المؤمن على حياته السن المتفق عليها .

وليست هذه البيانات على سبيل الحصر ، فقد تذكر بيانات اخرى غيرها فى وثيقة التامين كطريقة تقدير الاضرار وميعاد تسوية مبلغ التامين .

والمفروض ان تاتى البيانات المذكورة فى وثيقة التامين مطابقة لما تم الاتفاق عليه فى بادىء الامر عندما يتقدم المؤمن له بطلب التامين . فاذا وجد المؤمن له عند ماتسلم وثيقة التامين ان بعض هذه البيانات تخالف ما تم الاتفاق عليه ، فله أن يطلب تصحيحها " فاذا اثبت ذلك وجب تصحيح الوثيقة حتى تصبح مطابقة لما تم الاتفاق عليه . واذا سكت عن طلب التصحيح مدة طويلة ، فقد يستخلص من سكوته انه نزل عن حقه فى طلب التصحيح وقبل ضمنا الشروط المدونة فى الوثيقة فهذا هو ماتقضى به القواعد العامة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان استيفاء البيانات المذكورة فيها يكون مصلحة الطرفين قطعا للنزاع .

(مادة ٧٥١)

لا يجوز اجراء اى تعديل او اضافة فى عقد التامين الا بمقتضى ملحق ، او بالتاشير به على هامش الوثيقة بشرط توقيع المؤمن ، ويجوز ان يتم بكتاب موصى عليها مصحوبة بعلم وصول يتبادلها الطرفان ، وتسرى على التعديل او الاضافة الأحكام التى تسرى على عقد التامين الأصلى .

هذه المادة مستمدة من المادة ٨ من مشروع وزارة الاقتصاد ، والمادة ١٠٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

فاى تعديل لوثيقة التامين الاصلية يجب ان يتفق عليه الطرفان . ويجب أن يثبت هذا الاتفاق فى ملحق يوقع عليه المؤمن ، او بالتاشير به على هامش الوثيقة بشرط ان يوقع المؤمن على هذا التاشير . كما يجوز ان يثبت الاتفاق بكتب موصى عليها مصحوبة بعلم وصول يتبادلها الطرفان .

فاذا ثبت الاتفاق على التعديل باى طريقة من هذه الطرق ، فان حكمه من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع هو حكم الوثيقة الاصلية .

(مادة ٧٥٢)

يجب ان يكون التامين من الاضرار لمواجهة خطر يمس مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع هذا الخطر .

هذه المادة تقابل المادة ٧٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يكون محلا للتامين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين » .

وقد عدلت هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لسببين :

الاول ان مبدا المصلحة من العناصر الأساسية فى التامين من الاضرار .

والثانى ان التامين على الاشخاص لا يشترط فيه توافر عنصر المصلحة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما تقضى به الاصول العامة من وجوب ان يكون التامين لمواجهة خطر يمس مصلحة شرعية معتبرة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٧٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ان «يقع التامين من الاضرار باطلا اذا لم يستند الى مصلحة اقتصادية مشروعة » .

وتقابل المادة ٩٨٤ / ١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يجوز ان يكون محلا للتامين كل شىء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين » .

وتقابل المادة ٩٢١ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « لايجوز ان يكون محلا للتامين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمى او النظام العام » .

(مادة ٧٥٣)

يقع عقد التامين باطلا اذا تبين ان الخطر المؤمن منه كان قد زال ، او كان قد تحقق ، فى الوقت الذى تم فيه العقد .

هذه المادة مستمدة من المادة ٧٨٢ من المشروع النهائى للتقنين الحالى ، والمادة ٢٥ من مشروع وزارة الاقتصاد .

ويرجع حكمها الى استحالة محل التامين . فمحل عقد التامين هو مواجهة خطر غير محقق الوقوع ، اما لان وقوعه غير محتم ، او لان وقوعه محتم ولكن وقت وقوعه غير معروف . والخطر لا يكون غير محقق الوقوع اذا كان وقت ابرام عقد التامين قد تحقق فعلا او زال . ففى الحالتين لا يكون الخطر محتملا ، اذ هو فى الحالة الاولى قد تحقق وقوعه ، وهو فى الحالة الثانية قد اصبح وقوعه مستحيلا ، ومن ثم يكون العقد باطلا . وهذا الحكم يسرى حتى لو كان كل من الطرفين يجهل وقت ابرام العقد ان الخطر قد زال او تحقق . فلو كان كل منهما يظن ان الخطر قائم محتملا ، فان العقد يكون باطلا بالرغم من ذلك ، حيث يكون الخطر فى هذه الحالة خطرا ظنيا ، والتامين من الخطر الظنى لا يجوز . فهذا هو الراى فى التامين البرى ، وهو الذى يتفق مع القواعد العامة . وذلك على خلاف ماهو مقرر فى التامين البحرى .

وقد كانت المادة ١٠٣٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تجرى على الوجه الآتى : « يقع عقد التامين باطلا اذا تبين ان الخطر المؤمن ضده كان قد زال او كان قد تحقق فى الوقت الذى تم فيه العقد ، وكان احد الطرفين على الاقل عالما بذلك » . وهذا النص بصياغته هذه يجيز التامين من الخطر الظنى . ولكن العبارة الاخيرة منه التى تقول « وكان احد الطرفين على الاقل عالما بذلك » حذفت فى لجنة المراجعة . وبذلك اصبح الحكم الوارد فى النص المقترح بحيث لا يجوز معه التامين من الخطر الظنى .

وقد نقل التقنين العراقى فى المادة ٢/٩٨٤ منه نص المادة ١٠٣٨ من المشروع التمهيدى ، فهو بذلك يجيز التامين من الخطر الظنى .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٧٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة الاصولية التى تبطل التعاقد على ماهو معدوم . اذ ان استحالة محل التامين التى يقوم عليها البطلان انما ترجع الى انعدام المحل .

(مادة ٧٥٤)

فى جميع الاحوال التى يعيد فيها المؤمن تامين ماهو مؤمن لديه من المخاطر لدى الغير ، يظل المؤمن وحده مسئولا قبل المؤمن له او المستفيد .

هذه المادة مستمدة من المادة ٢٣ من مشروع وزارة الاقتصاد ، والمادة ١٠٣٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

ذلك ان عقد اعادة التامين بين المؤمن والمؤمن المعيد ليس الا عقد تامين ، يصبح فيه المؤمن مؤمنا له ، ويصبح فيه المؤمن المعيد مؤمنا. فثمة شركة تقوم بينهما ، ولا يجوز فيها ان يلتزم المؤمن المعيد نحو المؤمن باكثر مما يلتزم به المؤمن نحو المؤمن له . ولا شان للمؤمن له بعقد اعادة التامين ، فهو اجنبى عنه لا يكسب منه حقا ولايتحمل التزاما ، وبقى المؤمن وحده هو المسئول نحو المؤمن له بموجب عقد التامين الاصلى الذى ابرم فيما بينهما .

على انه يلاحظ مع ذلك ان عقد اعادة التامين يستند الى عقد التامين الاصلى ويقوم عليه ، ويتبع مصيره فى الصحة والبطلان والفسخ والسقوط . فالشركة التى تقوم بين المؤمن والمؤمن المعيد تتبع مصير الشركة التى تتم بين المؤمن له والمؤمن بموجب عقد التامين الاصلى .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان التعاون كما هو مندوب اليه بين المؤمن لهم ، فهو مندوب اليه كذلك بين المؤمن الاصلى والمؤمن المعيد .

(مادة ٧٥٥)

لا يجوز للمؤمن المباشر ولا للمؤمن المعيد ان يعيد التامين لدى هيئة اجنبية فيما يجاوز مقدار الاتفاقيات المبرمة الا بعد استنفاد ماتستطيع الهيئات المصرية ان تضطلع به فى اعادة التامين .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعيت فيها مصلحة وطنية تقتضى ان تبقى اموال التامين فى مصر فلا تنتقل الى الخارج ويحرم المواطنون من ثمرتها ، اذ ان هيئات اعادة التامين الاجنبية تكون اموالها فى الخارج ، وبالتالى فان هذه الاموال تستثمر خارج مصر ، ولا يفيد منها الاقتصاد الوطنى .

والذى يحصل فى العمل هو ان شركات التامين المصرية تعقد اتفاقيات لاعادة التامين لدى هيئات مصرية واجنبية فى حدود مبلغ معين ، وهذا واقع عملى يفرضه مدى مالهذه الشركات من طاقة مالية . ولذلك يقتصر نطاق حكم المادة المقترحة على اعادة التامين فيما يزيد على المبالغ المحددة فى هذه الاتفاقيات . ويتحقق ذلك اذا ابرمت شركات التامين المصرية عقودا تزيد قيمتها عن هذه المبالغ ، حيث لا يجوز لها حينئذ ان تعيد التامين لدى هيئة اجنبية فيما يزيد على هذه المبالغ الا بعد ان تعرض التعاقد على الهيئات المصرية لكى تضطلع بما تستطيع القيام به فى اعادة التامين هذه .

ولاشك فى ان الشرع الاسلامى يقر حكم المادة المقترحة ، مادام يهدف الى الحيلولة دون تسرب اموال المواطنين الى ايدى الاجانب خارج الوطن .

(مادة ٧٥٦)

يقع باطلا ما يرد فى وثيقة التامين من الشروط الآتية :

١ ــ الشرط الذى يخرج من نطاق التامين الاعمال المخالفة القوانين واللوائح ، مالم تذكر على وجه التحديد المخالفة القانونية التى تخرج عن هذا النطاق .

٢ ــ الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تاخره فى اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات اوفى تقديم المستندات ، اذا تبين من الظروف ان التاخر كان لعذر مقبول .

٣ ــ كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحال من الاحوال التى تؤدى الى البطلان او السقوط .

٤ ــ شرط التحكيم اذا ورد فى الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا فى صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

٥ ــ كل شرط تعسفى آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر فى وقوع الحادث المؤمن منه .

هذه المادة تطابق المادة ٧٥٠ من التقنين الحالى ، ماعدا البند الاول منها .

فالبند الاول من المادة الاخيرة ينص على مايأتى : « الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التامين بسبب مخالفة القوانين واللوائح ، الا اذا انطوت هذه المخالفة على جناية او جنحة عمدية » . وقد استبدل بهذا النص ما ورد فى البند الاول من المادة المقترحة لسببين :

السبب الاول ان الشرط انما يتعلق بنطاق التامين ، وليس بسقوط الحق فى التامين . اذ ان المؤمن انما يشترط عدم تامينه للعمل الذى ياتيه المؤمن له مخالفا للقوانين واللوائح . فاذا اتى المؤمن له مثل هذا

العمل لايكون له حق فى التامين أصلا ، لا ان يكون له الحق فيسقط .

والسبب الثانى أن الجنايات والجنح العمدية تخرج عن نطاق التامين بحكم القانون ، حيث لا يجوز التامين من الخطا العمدى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٨٥ من التقنين العراقى ، ما عدا البند الاول منها الذى يطابق التقنين المصرى الحالى .

وتطابق المادة ٩٢٤ من التقنين الأردنى ، ما عدا البند الأول منها الذى يطابق نص التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٧٨٤ من التقنين الكويتى .

وهى تتناول شروطا تخالف النظام العام فى تحديد الخطر .

منها شروط باطلة لاعتبارات شكلية ، وتشمل :

١ ـ الشرط المطبوع الذى يتعلق بحال من الأحوال التى تؤدى الى البطلان أو السقوط ، اذا لم يبرز هذا الشرط بشكل ظاهر . حيث يجب فى مثل هذا الشرط ان يبرز بشكل ظاهر ، كأن يكتب بحروف أكثر ظهورا او اكبر حجما ، والا كان باطلا واذا كتب بالآلة الكاتبة أو باليد ، فان هذا يكفى لاعتباره بارزا بشكل ظاهر .

٢ ـ شرط التحكيم الذى يرد بين الشروط العامة المطبوعة . فهذا يجب ان يكون محل اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

ومنها شروط باطلة لاعتبارات موضوعية ترجع الى التعسف ، وتشمل :

١ ـ الشرط الذى يخرج من نطاق التامين ، الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح ، ما لم تذكر على وجه التحديد المخالفة القانونية التى تخرج عن هذا النطاق . ذلك ان الشرط الذى يخرج من نطاق التامين اى عمل ياتيه المؤمن له مخالفا للقوانين واللوائح ، يكون شرطا عاما غير محدد فلا يعتد به ، ومن ثم يكون باطلا . فاذا ذكرت على وجه التحديد المخالفة القانونية التى تخرج من نطاق التامين ، كان الشرط صحيحا ، كمخالفة نص معين من قانون معين او من لائحة معينة .

٢ ـ الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات او فى تقديم المستندات ، اذا تبين من الظروف ان التاخر كان لعذر مقبول . اذ ان تمسك المؤمن رغم العذر الذى حمل المؤمن له على التاخر فى اعلان الحادث أو فى تقديم المستندات يعتبر تعسفا .

(٣) كل شرط تعسفى آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه . وفى هذا تعميم بعد تخصيص . فبعد ان ذكر النص شروطا معينة خصها بالذكر واعتبرها جائرة وقضى ببطلانها ، أورد حكما عاما بالنسبة الى كل شرط تعسفى آخر لم تكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه . وفى هذا النطاق يكون التقدير للقاضى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الشرع الاسلامى يأبى التعسف ويحرص كل الحرص على ان يكون المتعاقد على بينة مما يلتزم به .

(مادة ٧٥٧)

يجوز لأى جماعة تتعرض لاخطار معينة ان تنشىء جمعية تامين تبادلية يتعاون اعضاؤها فى تعويض من ينزل به الخطر منهم من الاشتراك الذى يؤديه كل عضو .

ويحدد القانون الشروط والأوضاع التى يجب ان تتوافر فى هذه الجمعية لضمان تحقيق اغراضها .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتناول واقعا عمليا . فهناك جمعيات تامين تبادلية هى بمثابة جمعيات تعاونية . وفيها يحدد أعضاء الجمعية الاخطار التى يتعرضون لها ، ويقومون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة اليه منهم من الاشتراك الذى يؤديه كل عضو . فهم يتبادلون التأمين فيما بينهم اذ يؤمن بعضهم بعضا . فهم فى وقت واحد مؤمنون ومؤمن لهم ، ومن هنا وصفت هذه الجمعيات بانها تبادلية .

ولضمان تحقيق الاغراض المقصودة من هذه الجمعيات ، فان القانون يحدد الشروط والاوضاع التى يجب توافرها لكفالة تحقيق هذه الأغراض .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما جاء فى قوله سبحانه وتعالى : «وتعاونوا على البر والتقوى» . فأعضاء الجمعية التبادلية يبادلون بعضهم بعضا ، ويتقون بذلك الاخطار التى تنزل بأى منهم .

(مادة ٧٥٨)

تقوم شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن الذى يتولى ادارة واستثمار أموال التامين . ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتضمن حكما تشريعيا جديدا يتسق مع اعتبار التأمين عقد تعاون لامعاوضة ، ويستبعد عنصر الغرر فى هذا العقد .

حيث تقوم شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن ، وهى الشركة التى تتولى ادارة واستثمار أموال التامين . وفى هذه الشركة يقدم المؤمن لهم راس المال ، وهو عبارة عن مجموع الاقساط أو الدفع المالية الأخرى التى يقدمها هؤلاء ، ويقدم المؤمن العمل ، حيث يتولى ادارة واستثمار أموال التامين . ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها .

والفقه الاسلامى ينظم شركة المضاربة باعتبارها طريقة مشروعة لاستثمار المال . وقد اقتبس المشروع أحكام شركة المضاربة من هذا الفقه (أنظر م ٥١٢ ـ ٥٢٤ من المشروع) .

(مادة ٧٥٩)

١ - يتولى ادارة شركة المضاربة مجلس ادارة يمثل فيه المؤمن والمؤمن لهم ، بحيث يكون لكل طرف عدد من الممثلين مساو للعدد الذى يمثل الآخر .

٢ - وينتدب المجلس من بين اعضائه عضوا او اكثر للقيام بما لم ينظر فيه من اعمال الادارة وعلى ان يقدم العضو المنتدب تقريرا سنويا الى المجلس عن كل ما يتعلق بادارة واستثمار اموال التامين .

٣ - واذا اساء العضو المنتدب للادارة التصرف أو صدر منه غش ، فيجوز للمجلس ان يعزله ويعين بدلا منه عضوا آخر . وفى هذه الحالة يتعين أن يخرج العضو المعزول من المجلس ويحل محله ممثل آخر .

هذه المادة مستحدثة

وهى تبين الطريقة التى تدار بها شركة المضاربة . حيث يتولى هذه الادارة مجلس يمثل فيه المؤمن والمؤمن لهم . بحيث يكون للمؤمن لهم عدد من الممثلين مساو للعدد الذى يمثل المؤمن .

ونظرا الى ان المجلس لا يستطيع من الناحية العملية ان ينظر فى كل عمل يتعلق بادارة واستثمار اموال التامين . فانه فيما عدا الامور التى يرى الفصل فيها بقرار منه ، ينتدب من بين اعضائه عضوا او اكثر القيام باعمال الادارة . ويكون على العضو المنتدب للادارة ان يقدم الى المجلس تقريرا سنويا عن كل ما يتعلق بادارة واستثمار اموال التامين .

واذا أساء العضو المنتدب للادارة التصرف أو صدر منه غش ، فيجوز للمجلس أن يعزله ويعين عضوا آخر بدلا منه . وفى هذه الحالة يجب ان يخرج العضو المعزول من المجلس ويحل محله ممثل آخر للطرف الذى ينتمى اليه هذا العضو .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أنها تتضمن تنظيما للادارة يكفل مصلحة كل من الطرفين فى شركة المضاربة .

(مادة ٧٦٠)

يجوز للمؤمن الذى يتولى ادارة واستثمار أموال التامين ان يخلط هذه الاموال بماله ، وفى هذه الحالة يقسم الربح بنسبة راس المال . فياخذ المؤمن ربح ماله ، ويوزع ربح اموال التامين على الوجه المتفق عليه .

هذه المادة مستحدثه .

وبمقتضاها يجوز للمؤمن ؛ وهو الشركه التى تتولى ادارة واستثمار اموال التامين ، ان يخلط هذه الاموال بماله ، وفى هذه الحالة يقسم الربح بنسبة رأس المال ، فياخذ المؤمن ربح ماله ، ويوزع ربح أموال التامين وهى اموال المضاربة بحسب النسبة المتفق عليها .

وقد خالف المشروع فى هذا الحكم القاعدة المقررة فى شركة المضاربة ، وهى التى تقضى بانه لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ولا أن يعطيه للغير مضاربة ، الا اذا جرى العرف بذلك ، أو فوضه رب المال فى أن يتصرف فى أمور المضاربة بحسب ما يراه (١/٥١٨ من المشروع) . وذلك لكى يتيسر لشركة التامين أن تمارس نشاطها على الوجه الذى تدعو اليه مصلحة الطرفين ، ولأن رب المال فيما نحن بصدده هو مجموع المؤمن لهم الذين يتغير عددهم من وقت الى آخر ، الأمر الذى لا يتصور معه من الناحية العملية أن يصدر منهم تفويض للشركة فى أن تتصرف بحسب ما تراه .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن المصلحة تقتضى أن تمكن شركة التامين من ادارة أموال التأمين واستثمارها على النحو الذى يحقق هذه المصلحة .

(مادة ٧٦١)

تكون اموال التامين من حق المؤمن لهم . ويضاف اليها نصيبهم فى الربح . ويوخذ منها ما يجب على المؤمن ان يؤديه الى المؤمن له او الى المستفيد فى حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المؤمن منه .

هذه المادة مستحدثه .

وهى تحدد وضع أموال التامين . فهذه الأموال تكون من حق المؤمن لهم ، وهذا يتفق مع ما هو مقرر فى شركة المضاربة (انظر المادة ٥٢٤ من المشروع ومذكرتها الايضاحية) . ويضاف الى هذه الاموال نصيب المؤمن لهم فى الربح ، فيصبح الربح جزءا من هذه الأموال ويسرى عليه حكمها . ويوخذ من هذه الاموال مايجب على المؤمن ان يوديه الىالمؤمن له او الى المستفيد فى حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر المؤمن منه . ومن هذا يتضح جليا كيف يتعاون المؤمن لهم فى مواجهة الحادث أو الخطر الذى ينزل بأحدهم ، فهم يقدمون من مالهم ما يعوضه عما حاق به من جراء هذا الحادث أو الخطر .

وهذا الضرب من البذل والتعاون يحبذه الشرع الاسلامى ويدعو اليه .

(مادة ٧٦٢)

اذا زادت أموال التامين زيادة كبيرة ، فانه يجوز للمؤمن ان يعيد النظر فى مقدار قسط التامين فيخفضه فى ضوء هذه الزيادة ، كما يجوز له ان يوزع على المؤمن لهم حصة من الربح بنسبة ما قدمه كل منهم من مال .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها يتسق مع التنظيم الجديد لعقد التأمين . حيث يعتبر نتيجة منطقية لقيام شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم . فاذا تضخم رأس المال فى هذه الشركة بسبب زيادة عدد المؤمن لهم ، فانه وفقا لتقدير الاحتمالات على اساس قانون الكثرة ، وهو الأساس الفنى الذى يقوم عليه التأمين ، تصبح نسبة تحقق الخطر المؤمن منه ضئيلة ، وهذا يسمح بتخفيض قسط التأمين . واذا تضخم رأس المال بسبب ما أضيف اليه من الربح ، فان هذا يدعو الى توزيع حصة من الربح على المؤمن لهم بنسبة ما قدمه كل منهم من مال .

وهذا الحكم يقره الشرع الاسلامى ، مادام انه يؤدى الى التخفيف من عبء القسط الذى يدفعه المؤمن له ؛ والى حصوله على نصيب من الربح الذى يعتبر من حقه .

(مادة ٧٦٣)

يجب على المؤمن أن يحتفظ بالمخصصات اللازمة لمواجهة التزاماته . كما يجب عليه ان يحتفظ باحتياطى من قيمة الربح . ويحدد القانون انواع الاحتياطيات التى يحتفظ بها المؤمن ومقدار كل منها . وتضاف اربـاح اسـتثمار اموال هذه المخصصـات والاحتياطيات اليها ، مالم يقرر مجلس الاداره توزيع حصة منها على المؤمن لهم .

هذه المـادة مستحدثة .

فهناك ضمانات تكفل للمؤمن لهم الحصول على حقوقهم عند تحقق الخطر المؤمن منه . واهم هذه الضمانات اثنان : الاول هو المخصصات والاحتياطات المختلفة . والثانى هو اعادة التامين .

والمـادة المقترحة تتناول المخصصات والاحتياطات التى يجب على هيئة التـامين ان تحتفظ بها . حيث تكون المخصصـات لمواجهة التزاماتها نحو المؤمن لهم ، وتكون الاحتياطيات لدعم مركزها المالى . وذلك نظرا الى ان هذه الهيئة ينبغى ان يكون لديها فى كل وقت اصول تفى قيمتها بما عليها من الالتزامات .

ولكفـالة الرقابة على هيئة التـامين . فان القـانون يحدد أنواع الاحتياطيات التى تحتفظ بها الهيئة ومقدار كل منها .

وتقوم هيئـة التامين باسـتثمار أموال مالديهـا من مخصصـات واحتياطيات . وما ينتج عن ذلك من ربح يضاف الى هذه المخصصات والاحتياطيات ، ما لم يقرر مجلس الاداره توزيع حصة منهـا على المؤمن لهم .

ومن الواضح أن الاغراض التى يراد تحقيقها من وراء أحكام المـادة المقترحة يقرها الشرع الاسلامى .

(مادة ٧٦٤)

يجب على الهيئات التى تتولى ادارة واستثمار أموال التامين أن تمارس نشاطها فى الوجوه الجائزة شرعا .

هذه المـادة مستحدثة .

وحكمها أمر يحتمه الطابع الشرعى الذى يسـود المشروع . فقد نصت المـادة ٣ من المشروع على أن أحكام الشريعة الاسلامية القطعية تعتبر من النظام العـام ؛ ومن ثم يقع باطلا كل نص او اتفاق يخالف هذه الاحكام . كما حرم المشروع الربا ، فقضى ببطلان كل اتفاق على فوائد **مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به (م ١/٢٢٥) .**

وعليه يتعين على الهيئات التى تتولى ادارة واستثمار اموال التامين ان يكون اسـتثمارها لهذه الاموال على النحو الـذى يجيزه الشرع الاسلامى .

ولا شك فى ان الشريعة الاسلامية تحتم ما يقضى به النص المقترح .

(مادة ٧٦٥)

متى تحقق الخطر او حل أجل العقد ، اصبح التعويض او مبلغ التأمين المستحق واجب الاداء بعد ثلاثين يوما على الأكثر من الوقت الذى يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمه للتثبت من صحه ما يطلبه ومدى مايتمسك به من حقوق .

هذه المـادة مستمدة من المـادة ٢٠ من مشروع وزارة الاقتصـاد والمـادة ١٠٦٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

فمتى تحقق الخطر المؤمن منه . او حل اجل العقد فى التـامين على الحياه . اصبح التزام المؤمن بدفع التعويض او مبلغ التامين واجب الاداء . ويكون ذلك فى خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى يحضر فيه المؤمن له المؤمن بالبيانات والمسـتندات اللازمه للتثبت من صـحه مايطلبه ومدى ما يتمسك به من حقوق .

ويجوز للمتعـاقدين ان يتفقا على اجل اقصر من ذلك لمصلحة المؤمن له ؛ ولكن لا يجوز الاتفاق على اجل أطول ضد مصلحته .

والمـادة المقترحه تتفق مع المـادة ٧٦٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٩٨٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادة ٩٢٩ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ذلك المبدأ الاسـاسى فى الشريعة الاسـلاميه الذى جاء فى قوله سبحانه وتعالى : « يايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » .

(مادة ٧٦٦)

فى التامين من الاضرار ، لا يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له الا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه ، على الا يجاوز ذلك مبلغ التامين .

هذه المـادة تقابل المـادة ٧٥١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يلتزم المؤمن فى تعويض المؤمن له الا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط الا يجاوز ذلك قيمة التأمين » .

وقد عدلت هذه المـادة ، فضلا عن التعديلات اللفظية ، بأن اضيف فى صدرها ما يوضح ان حكمها يقتصر على التامين من الاضرار .

ويرجع هذا التعديل الى ان التامين على الاشخاص يسوده مبدا رئيسى هو انعدام صفة التعويض . فهو ليس بعقد تعويض ، حيث لا يقصد به التعويض عن ضرر ، سواء كان تامينا على الحياه او تامينا من المرض او تامينا من الاصابات الى غير ذلك من صور التامين على الاشخاص . وقد لا يلحق المؤمن له اى ضرر فى بعض صور التامين على الحياة ، كالتامين لحالة البقاء . وكذلك فى بعض انواع التامين على الاشخاص ، كتامين الزواج وتامين الاولاد .

اما التامين من الاضرار فتسوده الصفة التعويضية . فهو عقد يهدف الى تعويض المؤمن له عن الضرر الذى يلحقه من جراء تحقق الخطر المؤمن منه . ومن ثم يخضع هذا التعويض لقيدين : الاول ان يكون التعويض فى حدود الضرر الذى لحق المؤمن له . والثانى الا يجاوز التعويض مبلغ التامين المذكور فى الوثيقة . فالمؤمن له لا يتقاضى الا اقل القيمتين : مبلغ التامين او قيمة الضرر .

والمادة المقترحه تتفق مع المادة ٨٠٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٨٩ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة يتمثل فى مبداين :

المبدا الاول ان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وهو ما يقتضى ان يكون التعويض بقدر الضرر .

والمبدأ الثانى ان المسلمين عند شروطهم ، وهو ما يقتضى الا يجاوز التعويض مبلغ التامين .

(مادة ٧٦٧)

١ — ينتهى عقد التامين بانقضاء مدته المعينة فى الوثيقة .

٢ — ومع ذلك فانه ، فيما عدا عقود التامين على الحياة ، اذا زادت مدة التامين على خمس سنوات ، جاز لكل من المؤمن والمؤمن له ان يطلب انهاء العقد فى نهاية كل خمس سنوات من مدة التامين ، اذا اخطر الطرف الآخر بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول قبل انقضاء هذه الفترة بستة اشهر على الاقل . ويجب بيان ذلك فى وثيقة التامين . ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطبيق للقواعد العامة . فمدة العقد من البيانات التى يجب أن تشتمل عليها وثيقة التأمين (م ٧٥٠ من المشروع وم ٥ من مشروع وزارة الاقتصاد وم ١٠٥٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى) .

والفقرة الثانية مستمدة من المادة ٢٤ من مشروع وزارة الاقتصاد والمادة ١٠٦٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

فالأصل ان لطرفى العقد الحرية فى تعيين مدته . غير انه اذا زادت مدة العقد على خمس سنوات ، فانها تجاوز المدة التى يستطيع فيها المتعاقدان توقع الاحتمالات المختلفة التى تطرأ فى خلال مدة العقد . وعليه تقتضى مصلحة كل من المتعاقدين ، وبخاصة مصلحة المؤمن له ، الا يتقيد لمدة تزيد على خمس سنوات . فاذا عينت للعقد مدة تزيد على خمس سنوات ، او اتفق على ان تكون مدته غير محددة ، كان لأى من المتعاقدين ان يتحلل من العقد بعد انقضاء كل خمس سنوات.

ونظرا الى ان هذا الحكم قصد به حماية المتعاقدين ، فانه يعتبر من النظام العام . فلا يجوز النزول عنه او الاتفاق على ما يخالفه .

ولا يسرى هذا الحكم على عقود التأمين على الحياة ، حيث تكون عادة طويلة المدة حتى يتمكن المؤمن له من ادخار مقدار كاف من المال . هذا الى ان المؤمن له ليس فى حاجة الى هذه الحماية ، اذ يستطيع ، ايا كانت مدة العقد ، ان يتحلل منه بعد انقضاء سنة واحدة (م ٧٦٨ من المشروع) .

والمادة المقترحه تتفق مع المادة ٧٨٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الشرع الاسلامى يقر مثل هذا الحكم مادام يقصد به حماية المتعاقدين . واذ كان هذا الحكم يجب ان يذكر فى وثيقة التامين ، فالمسلمون عند شروطهم .

(مادة ٧٦٨)

فى عقد التامين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذى يقدم اقساطا دورية ان يطلب انهاء العقد فى اى وقت اذا اخطر المؤمن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرا ذمته من الاقساط اللاحقة .

هذه المادة تقابل المادة ٧٥٩ من التقنين الحالى التى تنص على انه « يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع اقساط دورية ان يتحلل فى اى وقت من العقد باخطار كتابى يرسله الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرا ذمته من الاقساط اللاحقة » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، كما اضيف اليها ما يفيد ان اخطار المؤمن بانهاء العقد انما يكون بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، لأن الاخطار عادة يكون بهذه الطريقة ، وهى الطريقة ذاتها المنصوص عليها فى المادة السابقة .

فبموجب المادة المقترحة ، كما هو الحكم بمقتضى نص التقنين الحالى ، يلتزم المؤمن له فى عقد التامين على الحياة بدفع كل قسط يحل . فاذا اراد التحلل من العقد كان له ذلك ، ولكن بشرط ان يخطر المؤمن بذلك قبل انتهاء السنة التى استحق عنها القسط . فاذا تم هذا الاخطار على النحو المذكور فى المادة المقترحة ، انتهى العقد ، وتحلل المؤمن له من التزامه بدفع الأقساط التالية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٩٩٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٧٥٩ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة لن الشرع الاسلامى يقر مثل هذا الحكم مادام يقصد به حماية المؤمن له الذى قد تضطره ظروفه الى ان يتحلل من العقد .

(مادة ٧٦٩)

فى التامين من الاضرار ، يجوز بمقتضى شرط محرر فى الوثيقة بشكل ظاهر ، الاتفاق على امتداد العقد ذاته اذا لم يقم المؤمن له قبل انتهاء مدته بثلاثين يوما على الاقل بابلاغ المؤمن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول برغبته فى عدم امتداد العقد . ولا يسرى مفعول هذا الامتداد الا سنة فسنة ، ويقع بطلا كل اتفاق على أن يكون امتداد التامين لمدة تزيد على سنة .

هذه المادة مستمدة من المادة ٩ من مشروع وزاره الاقتصاد والمادة ١٠٦١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وهى تقرر عرفا تامينيا يحمى المؤمن من مفاجاته بعدم امتداد العقد بخطر به فى وقت قصير ، ويحمى المؤمن له فلا يفاجأ هو الآخر بامتداد العقد لمجرد سكوته .

ويشترط لامتداد العقد ، بعد انقضاء مدته الاصلية ، أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) ان يكون عقد تامين من الاضرار . اما عقد التامين على الحياة فهو اما ان ينتهى بالموت فلا يقبل الامتداد ، واما ان ينتهى بانقضاء مدة محددة ، وهذه المدة تقبل التعديل بملحق للوثيقة ، ولا تمتد عادة بشرط فى العقد .

(٢) ان تكون مدة العقد محددة . فان كانت مدته غير محددة ، فانها تمتد بطبيعتها الى غير اجل محدد .

(٣) ان يكون هناك شرط صريح فى وثيقة التامين ، يقضى بامتداد العقد من تلقاء ذاته اذا لم يعارض المؤمن له فى الامتداد . ويجب أن يبرز هذا الشرط بشكل ظاهر لاهميته .

(٤) ان تنقضى مدة العقد باكملها ، فان الامتداد لا يكون الا بعد انقضاء المدة الاصلية .

(٥) أن يسكت المؤمن له ولا يعارض فى امتداد العقد . فاذا عارض فى الامتداد بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول يبلغه للمؤمن قبل انقضاء المدة بثلاثين يوما على الاقل ، فلا يمتد العقد .

والمادة المقترحة تتفق فى الجملة مع المادة ٧٨٨ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان المسلمين عند شروطهم ، لاسيما اذا تضمنت هذه الشروط ما يكفل الحماية لمصلحة المتعاقدين .

(مادة ٧٧٠)

١ ـ لاتسمع الدعاوى الناشئة عن عقد التامين بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى .

٢ ـ ومع ذلك : (أ) لا تسرى هذه المدة فى حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر ، الا من اليوم الذى علم فيه المؤمن بذلك . (ب) ولا تسرى فى حالة وقوع الحادث المؤمن منه الا من اليوم الذى علم فيه ذوو الشان بوقوعه . (ج) ولا تسرى ، عندما يكون سبب دعوى المؤمن له على المؤمن ناشئا عن رجوع الغير عليه ، الا من يوم رفع الدعوى من هذا الغير على المؤمن له او من اليوم الذى يستوفى فيه الغير التعويض من المؤمن له .

هذه المادة تقابل المادة ٧٥٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« (١ ـ تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التامين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى .

٢ ـ ومع ذلك لا تسرى هذه المدة : (أ) فى حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة او غير دقيقة عن هذا الخطر ، الا من اليوم الذى علم فيه المؤمن بذلك . (ب) فى حالة وقوع الحادث المؤمن منه الا من اليوم الذى علم فيه ذوو الشان بوقوعه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ اخذ فى المادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدأ السقوط بالتقادم الذى ياخذ به التقنين الحالى ، وذلك جريا على الخطة التى سار عليها المشروع .

٢ ـ اضيفت فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة حالة ثالثة مستثناه من القاعدة المنصوص عليها فى الفقرة الاولى ، وهى حالة ما اذا كان سبب دعوى المؤمن له على المؤمن ناشئا عن رجوع الغير عليه . وقد ورد ذكر هذه الحالة فى النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٧٧) ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة .

٣ ـ ادخلت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

وبمقتضى المادة المقترحة تسرى مدة عدم سماع الدعوى القصيرة ، وهى ثلاث سنوات ، على الدعاوى الناشئة عن عقود التامين ، سواء كان المؤمن شركة ، وهذا هو الغالب ، أو كان جمعية تامين تبادلية ، وسواء كانت هذه الدعاوى للمؤمن كدعوى المطالبة بالاقساط المستحقة ، او كانت دعاوى للمؤمن له كدعوى المطالبة بمبلغ التامين عند تحقق الخطر المؤمن منه .

والقاعدة ان مدة عدم سماع الدعوى تسرى من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعوى ، وهى القاعدة الواردة فى الفقرة الاولى من المادة المقترحة .

غير ان هناك حالات ثلاث يتاخر فيها بدء سريان هذه المده عن وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعوى ، وهى الحالات المذكورة فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة . حيث يكون تاخير بدء سريان المدة فى هذه الحالات بمثابة وقف للتقادم بسبب تعذر رفع الدعوى .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٠٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٣٢ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٧٥٢ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٩٣٢ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٧٥٢ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الأحكام الواردة فيها مما يملكه ولى الأمر من تخصيص القضاء .

(مادة ٧٧١)

اذا اراد المؤمن انهاء شركة المضاربة ، أو انتهت الشركة لسبب آخر ، وجب على المؤمن ان يتقدم بطلب الى مصلحة التامين لتحويل وثائقة مع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها الى هيئة اخرى يعينها مجلس الادارة . وينشر الطلب فى الجريدة الرسمية وفى صحيفتين يوميتين على الأقل . ويجب أن يتضمن هذا الطلب دعوة حملة الوثائق وغيرهم من أصحاب الشان الى تقديم ملاحظاتهم على التحويل فى ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ النشر . ويصدر وزير الاقتصاد قرارا بالموافقة على التحويل مراعيا فى ذلك جميع الظروف . وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، ويحتج به قبل المؤمن لهم والمستفيدين من الوثائق التى ابرمها المؤمن . وفى هذه الحالة تنتقل اموال التامين الى الهيئة التى حولت اليها الوثائق ، وتقوم شركة مضاربة جديدة بين المؤمن لهم وهذه الهيئة .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتناول الوضع فى حالة ما اذا اراد المؤمن انهاء شركة المضاربة التى قامت بينه وبين المؤمن لهم ، او انتهت الشركة لسبب آخر . فاوجبت على المؤمن فى هذه الحالة ، وهو شركة التامين ، ان يتقدم بطلب الى مصلحة التامين لتحويل وثائقه مع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها الى هيئة اخرى يعينها مجلس الادارة . وهذا مايسمى فى محيط التامين بانتقال الحفظة Cession de Portefeuille ، وهو عبارة عن انتقال العقد الى مؤمن آخر غير المؤمن الاصلى (انظر المادة ٤٧ من القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩ والمادة ٣٤ من مشروع وزارة الاقتصاد . وهما تتناولان حالة ما اذا اراد المؤمن تحويل وثائقه الى هيئة اخرى أو أكثر) .

ويجب ان ينشر هذا الطلب فى الجريدة الرسمية وفى صحيفتين يوميتين على الاقل . وذلك حتى يتوفر له الاعلان الكافى لعلم به كل ذى شان ، نظرا الى خطورته وما يترتب عليه من اثر . ولهذا يجب ان يتضمن دعوة حملة الوثائق وغيرهم من اصحاب المصلحة الى تقديم ملاحظاتهم على التحويل فى ميعاد ثلاثة اشهر من تاريخ النشر .

وبعد انتهاء هذا الميعاد يصدر وزير الاقتصاد قرارا بالموافقة على التحويل ، آخذا فى اعتباره مدى سلامة القرار الذى اصدره مجلس الادارة بتعيين الهيئة التى تحول اليها الوثائق ، وكذلك الملاحظات التى ابديت من اصحاب الشان على التحويل ، واية ظروف اخرى . وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، وحينئذ يحتج به قبل المؤمن لهم والمستفيدين من الوثائق التى ابرمها المؤمن .

ويترتب على ذلك ان تنتقل اموال التامين الى الهيئة التى حولت اليها الوثائق ، وتقوم شركة مضاربة جديدة بين المؤمن لهم وهذه الهيئة .

(مادة ٧٧٢)

يقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام النصوص الواردة فى هذا الفصل ، الا ان يكون ذلك لمصلحة المؤمن له او لمصلحة المستفيد .

هذه المادة تطابق المادة ٧٥٣ من التقنين الحالى .

وهى تقرر حكما اساسيا فى نظام التامين ، حيث يقصد به حماية الطرف الضعيف فى العقد ، وهو المؤمن له ، ويأخذ حكمه المستفيد . وبذلك لم يعد يجوز لشركات التامين ان تتفق على عدم سريان حكم من الاحكام المنصوص عليها فى هذا الصدد أو تعديل هذا الحكم لصلحتها . وهو مادرجت عليه هذه الشركات من قبل .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٩١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٨٠٨ من التقنين الكويتى .

وغنى عن البيان ان الشرع الاسلامى يقر حكم المادة المقترحة ، مادام يقصد به حماية الطرف الضعيف فى العقد .

(مادة ٧٧٣)

الأحكام المتعلقة بعقد التامين التى لم يرد ذكرها فى هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٧٤٨ من التقنين الحالى .

وعلة ورودها ان الأحكام المنصوص عليها فى هذا الفصل ليست الا احكاما عامة لعقد التامين ، بل انها ليست كل الاحكام العامة ويبقى بعد ذلك فريق من هذه الاحكام ، وكذلك الاحكام الخاصة بانواع مختلفة من التامين ينفرد بها كل نوع على حدة .

وقد جرت أغلب التشريعات على أن تنظم عقد التامين بقوانين خاصة تستوعب الأحكام الكلية والاحكام الجزئية بتفصيلاتها الكثيرة التى لا يتسع لها التقنين المدنى . ومراعاة لهذا الاعتبار جاءت نصوص التقنين الحالى قاصرة على بعض هذه الاحكام ، انتظارا لقانون خاص يصدر فى هذا الشأن .

وقد سبق لوزارة الاقتصاد ان وضعت مشروعا لقانون التأمين . وحان الوقت لاعادة النظر فيه فى ضوء النهج الجديد الذى اتخذه المشروع ، حيث عاد بعقد التأمين الى وضعه السوى ، فاعتبره عقد تعاون ، وعلى هذا الأساس قضى بقيام شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن ، فلم يعد هناك مجال لادنى شك فى شرعية هذا العقد .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٠٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٢٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٨٠٩ من التقنين الكويتى .

الباب الخامس

الكفالة

(مادة ٧٧٤)

الكفالة عقد تضم بمقتضاه ذمة الى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام .

هذه المادة تقابل المادة ٧٧٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بان يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » .

ويؤخذ على هذا التعريف انه يتحدث فى عبارته الأخيرة عن التزام يقع على عاتق الكفيل ، مع ان الالتزام اثر للعقد ، ويجب ان ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه . ولهذا فان العبارة الاولى من هذا التعريف تكفى ، لانها تتناول محل العقد ، وهو كفالة تنفيذ التزام .

وقد رؤى فى المادة المقترحة الاخذ بالتعريف الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو يتناول محل العقد ، ويمتاز بانه يوحى بفكرة الضمان ، لان ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين انما هو لضمان الوفاء بالدين .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٣٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢١ — ٤٢٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٠٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٥٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧٤٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦١٢ من المجلة على ما ياتى : « الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شىء ، يعنى ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر ويلتزم ايضا المطالبة التى لزمت فى حق ذلك » .

ونصت المادة ٨٢٢ من مرشد الحيران على ما ياتى : « الكفالة هى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين او عين » .

ونصت المادة ٥٨٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة مطلقا » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان المطالبة اما ان تكون بنفس او بدين او بعين .

ونصت المادة ٢٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على ما ياتى : « الضمان عقد يقتضى التزام حق ثابت فى ذمة الغير او احضار من هو عليه او عين مضمونة » . ونصت المادة ٢٩٢ من هذا المشروع على ما ياتى : « كفالة البدن التزام احضار المكفول الى المكفول له » .

ونصت المادة ٣٢٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « الضمان التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، أو احضار المدين لدائنه بما يدل عليه عرفا » . وجاء فى ايضاح هذه المادة ان هذا النص اشتمل على تعريف الضمان ويسمى ايضا كفالة وحمالة . وقد علم من التعريف ان الضمان نوعان : ضمان المال وهو المشار اليه فى التعريف بالتزام دين ، وضمان الوجه وهو المشار اليه بالتزام احضار المدين لدائنه (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ١٧١) .

ونصت المادة ١٠٦١ من مجلة الاحكام الشرعية على ما ياتى : « الضمان التزام ما وجب او يجب على غيره مع بقائه عليه ، أو هو ضم الانسان ذمته الى ذمة غيره فيما يلزمه حالا او مالا » . ونصت المادة ١٠٦٦ على ما ياتى : « الكفالة هى التزام احضار من عليه حق مالى الى ربه » .

ودليل مشروعية الكفالة الاجماع . وسنده قوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وانابه زعيم » . فالكفيل كان رسولا للملك ، والرسول سفير . فكانه قال ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير . ثم قال الرسول : وانا بذلك الحمل زعيم اى كفيل . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم » ، اى يلزمه الاداء عند المطالبة .

(١) اركان الكفالة

(مادة ٧٧٥)

١ — اذا التزم شخص بتقديم كفيل ، وجب عليه ان يقدم كفيلا موسرا ومقيما فى مصر ، وله ان يقدم عوضا عن الكفيل تامينا عينيا كافيا .

٢ — واذا اعسر الكفيل بعد الكفالة ، او نقل محل اقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر ، مالم يكن الدائن قد اشترط شخصا معينا لكفالة الدين او كان الكفيل قد التزم دون علم المدين او رغم معارضته .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق المادة ٧٧٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « كفيلا » بكلمة « شخصا » .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، حيث كانت تنص على ما يأتى : « ١ - اذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، وجب تقديم كفيل آخر . ٢ - ويستثنى من ذلك ان يكون الدائن قد اشترط شخصا معينا لكفالة الدين ، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين » . وفى لجنة المراجعة رات اللجنة عدم الموافقة على حكمها والاكتفاء فى موضوعها بالقواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢٩ - ٤٣١ فى الهامش) .

وقد رئى ان يستثنى من حكم الفقرة الثانية فى المادة المقترحة ، فضلا عن حالتى اشتراط الدائن شخصا معينا لكفالة الدين والتزام الكفيل دون علم المدين ، حالة ثالثة هى أن يكون الكفيل قد التزم رغم معارضة المدين ، اذ أن لهذه الحالة سندها من المنطق كما هو الشأن فى الحالتين الاخريين .

انظر المذكرة الايضاحية للمواد المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٤١ و ١١٤١ مكررا و١١٤٢) والمناقشات التى دارت فى شأنها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ص ٤٢٩ - ٤٤٠ .

بمقتضى الفقرة الاولى من المادة المقترحة يشترط فى الكفيل الذى يلتزم المدين بتقديمه شرطان ، هما ان يكون موسرا وان يكون مقيما فى مصر . وللمدين ان يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا .

وبمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة يجب أن يستمر الكفيل متوافرا على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة . فاذا تخلف احد هذين الشرطين او كلاهما ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر يتوافر فيه هذان الشرطان . ويستثنى من ذلك ، فلا يجب على المدين تقديم كفيل آخر ، حالات ثلاث : الاولى اذا كان الدائن قد اشترط شخصا معينا لكفالة الدين . حيث لاوجه لان يلتزم المدين بتقديم شخص آخر اذا اصبح الشخص الذى طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة . والثانية اذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين . والثالثة اذا كان الكفيل قد التزم رغم معارضته المدين . اذ فى هاتين الحالتين لا يستساغ الزام المدين بتقديم شخص آخر اذا اصبح الشخص الذى لا يعلم بالتزامه أو التزم رغما عنه غير متوافر على الشروط الواجبة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٤٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للفقرة الأولى من المادة المقترحة ان حكمها يحقق مقصود الشارع من الكفالة ، اذ هى للتوثيق . فاذا التزم المدين بان يقدم كفيلا ، فان ما يتحقق به مقصود العاقدين ومقصود الشارع هو ان يكون الكفيل موسرا ، وكذلك الاقامة فى مصر حتى يمكن الحصول على الدين من الكفيل اذا لم يف به المدين .

واذا قدم المدين تأمينا عينيا كافيا بدلا عن الكفيل ، لزم الدائن قبوله ، لان قصده قد تحقق وربما على نحو افضل ، فليس له مصلحة فى الاصرار على ان يقدم المدين كفيلا ، والا كان مضارا ، والقاعدة الشرعية انه لا ضرر ولا ضرار .

وحكم الفقرة الثانية يعتبر استكمالا لحكم الفقرة الاولى من حيث تحقيق مقصود العاقدين ومقصود الشارع .

(مادة ٧٧٦)

لاتكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا .

هذه المادة تطابق المادة ٧٧٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١/٧٥٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٩٥٤ من التقنين الاردنى .

انظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والتقرير الذى انتهت اليه فى شأن هذه المادة فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٥٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على ما يأتى : « يشترط لصحة الكفالة : (أ) ان يكون للكفيل أهلية التبرع . (ب) ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل مقدور التسليم ، والعين مضمونة بنفسها ، والدين لازما » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة : وفى البدائع ذكر شرائط ثلاثة للمكفول به : الاول : ان يكون مضمونا على الاصيل دينا او عينا او نفسا او فعلا . ولكن يشترط فى العين ان تكون مضمونة بنفسها . الثانى : ان يكون مقدور التسليم من الكفيل ، فلا تجوز بالحدود والقصاص . الثالث : ان يكون الدين لازما ، وهو خاص بالكفالة بالمال وان يكون الدين صحيحا قائما . والدين الصحيح هو ما لايسقط الا بالاداء او الابراء (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٦٢ و ٢٦٣) .

ونصت المادة ٨٢٥ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يشترط ايضا لصحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل دينا أو عينا او نفسا معلومة وان يكون مقدور التسليم من الكفيل » .

ونصت المادة ٦٣١ من المجلة على ما يأتى : « يشترط فى الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل ، يعنى ان ايفاءه يلزم الاصيل . فتصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة . كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب ، وعند المطالبة يكون الكفيل مجبورا على ايفائه عينا أو بدلا .. » .

ونصت المادة ٢٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « يشترط فى الكفالة ما يأتى : (أ) رضا الكفيل لا المكفول له ولا المكفول به (ب) ان يكون المكفول معينا يلزمه الحضور الى مجلس الحكم . (ج) ان يكون ما على المكفول حقا ماليا مضمونا شرعا . (د) ان يكون أجل الكفالة معلوما » .

(مادة ٧٧٧)

اذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين ، كان الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « من كفل التزام ناقص الاهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر ما دار حول هذه المادة فى اللجان المختلفة فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٤٧ — ٤٥٢ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٧٥٠ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٦٢٩ من المجلة على ما يأتى : « لا يشترط كون المكفول عنه عاقلا وبالغا فتصح الكفالة بدين المجنون والصبى » .

ونصت المادة ٨٢٤ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يشترط لصحة الكفالة أن يكون كل من الكفيل والمكفول له عاقلا بالغا . فلا تصح كفالة مجنون ولا صبى ولو كان تاجرا ، ولا الكفالة لمجنون او صبى الا اذا كان تاجرا . واما الكفالة عنه فهى لازمة للكفيل يؤخذ بها الكفيل » .

(مادة ٧٧٨)

١ — تجوز كفالة الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز كفالة الدين الشرطى .

٢ — واذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له أن يرجع فيها فى اى وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — تجوز الكفالة فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى .

٢ — على انه اذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى اى وقت ان يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١١٣٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٤٥٤ — ٤٥٧ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٤٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٥٩ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى تصح كفالة الدين المستقبل . فقد نصت المادة ٧٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يشترط فى لزوم الضمان للضامن ان يكون دين المضمون لازما له فى الحال أو فى المستقبل وان يكون الضامن غير محجور عليه فيما ضمن فيه من ماله » . ونصت المادة ٣٢٨ من هذا المشروع على ما يأتى : « اذا طلب شخص من غيره ان يداين شخصا على أن يكون ضامنا له ، ولم يعين له قدر الدين ، لزمه ضمان ما داينه به ان كان قدره يداين به المضمون عادة ، او ضمان المعتاد فقط ان كان قدره أكثر مما يداين به عادة . فان عين له قدر الدين ، لزمه ضمانه ولو كان اكثر من المعتاد — وله ان يرجع عن ضمانه قبل المداينة أو قبل تمامها ، فلا يلزمه ضمان ما حصل منها بعد الرجوع ان علم المضمون له برجوعه قبل المداينة . فان رجع بعد المداينة أو رجع قبلها ولم يعلم المضمون له برجوعه ، فلا يقبل منه الرجوع فى الحالتين » (الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٠٠) .

ونصت المادة ٦٤٠ من المجلة على ما يأتى : « ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها . ولكن له ذلك قبل ترتب الدين فى ذمة المديون فى الكفالة المعلقة والمضافة . فكما انه ليس لمن كفل احدا عن نفسه او دينه منجزا ان يخرج نفسه من الكفالة ، كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فانا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة ، لانه وان كان ثبوت الدين مؤخرا عن عقد الكفالة لكن ترتبه فى ذمة المديون مقدم على عقد الكفالة . وأما لو قال ما تبيعه لفلان فثمنه على او قال انا كفيل بثمن المال الذى ستبيعه لفلان ، يضمن للمكفول له ثمن المال الذى يبيعه المكفول له لفلان المذكور . الا ان له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بان يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع لذلك الرجل مالا . فلو باع المكفول له شيئا بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامنا لثمن ذلك المبيع » .

ويجوز فى هذا الفقه للكفيل فى الدين المستقبل أن يرجع فى كفالته قبل نشوء الدين : انظر الفقرة الثانية من المادة ٣٢٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك والمادة ٦٤٠ من المجلة ، المذكورتين .

كذلك تصح فى الفقه الاسلامى كفالة الدين الشرطى . كما فى كفالة المال المقبوض مع خيار الشرط او على سوم الشراء . فالمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعا معلقا على شرط واقف (م ٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) . اما الحنفية فيعتبرون هذا البيع بيعا معلقا على شرط فاسخ (م ٣٣٥ من مرشد الحيران) . انظر المادة ٣٨٦ من المشروع فيما يتعلق بالبيع بشرط التجربة او المذاق . وقد نصت المادة ٥٩٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما يأتى : « تصح الكفالة اذا علقت بشرط ملائم » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان الشرط الملائم هو الموافق للكفالة ، ويكون ذلك بأمور ثلاثة ، منها ان يكون شرطا للزوم الحق . كما اذا قال : ان استحق

المبيع او جحدك المودع أو غصبك كذا او قتلك خطأ فعلى الدية ، ورضى به المكفول جاز ، فن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع المشترى (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٧) .

(مادة ٧٧٩)

١ ــ لا تجوز الكفالة فى مبلغ اكثر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول .

٢ ــ ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون .

هذه المادة تطابق المادة ٧٨٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٥١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ١٠١٣ و ١٠١٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٩٦٩ و ٩٧٠ من التقنين الاردنى .

انظر التعديل الذى ادخل على المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٣٨) والمذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٦٢ و ٤٦٣ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى . فعقد الكفالة عقد تابع ، والتزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الاصلى . والقاعدة فى هذا الفقه ان التابع تابع (م٤٧ من المجلة) . وبناء على ذلك ، فان التزام الكفيل لا يجوز ان يكون اشد عبئا من الالتزام المكفول ، ولكن يجوز ان يكون اهون .

(مادة ٧٨٠)

تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ؛ وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٣٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٦٥ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى. فملحقات الالتزام الأصلى تابعة له فيشملها ، والتزام الكفيل تابع لهذا الالتزام فيشمل ملحقاته . والقاعدة فى هذا الفقه ان التابع تابع (م٤٧ من المجلة) وبناء على ذلك ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين المكفول .

(مادة ٧٨١)

١ ــ تعتبر كفالة الدين التجارى عملا مدنيا ، ولو كان الكفيل تاجرا .

٢ ــ على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا ، او عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا .

هذه المادة تطابق المادة ٧٧٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠١٦ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى لها انها من قبيل القواعد التنظيمية التى تهدف الى المحافظة على المال ، وبالتالى تحقيق المصلحة فى المعاملات .

(مادة ٧٨٢)

تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز ايضا رغم معارضته .

هذه المادة تطابق المادة ٧٧٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٤٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٣٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٤٢ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة ، ويخالف مذهب الحنفية :

فقد نصت المادة ٣٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يصح ضمان المدين مع عدم علم الضامن عند الضمان بقدره او بصاحبه ، ويصح ايضا ضمانه بغير اذن المدين » . وجاء فى ايضاح هذه المادة مايأتى : « وما جرينا عليه فى النص من صحة ضمان المدين بدون اذنه هو نص المدونة وغيرها ، لأنه من باب المعروف والرفق بالمدين فلا يتوقف على اذنه » (الشرح الكبير وحاشيته ج ٣ ص ٣٠١) .

ونصت المادة ٢٨٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على مايأتى : » لايشترط رضا المضمون عنه ولا معرفته » .

ونصت المادة ١٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على مايأتى : « يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين او الدائن » . وجاء فى ايضاح هذه المادة انه « يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين او الدائن » لأنه التزام مال فلا يصح بغير رضا الملتزم . ولا يعتبر رضا المدين او الدائن ؛ لأن أبا قتاده ضمن الميت بغير رضا الدائن واقره النبى صلى الله عليه وسلم . ولأنه لو قضى الدين عن غيره بغير اذنه ورضاه صح . فكذا اذا ضمن عنه . كما لا يشترط لصحة الضمان معرفة

الضامن للمدين او الدائن ، لانه لا يعتبر رضاهما . ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر » . ونصت المادة ٢٢٤ من هذا المشروع على ما ياتى : » يشترط فى الكفالة ما ياتى : (١) رضا **الكفلل ، لا المكفول له ولا المكفول به ، وجاء فى ايضاح هذه المادة ما ياتى : « ولا يتبر رضا المكفول له ، لانها وثيقة له لاقبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ، ولأنها التزام حق له من غيرعوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر » .**

اما فى المذهب الحنفى ، فقد نصت المادة ٨٤٥ من مرشد الحيران على ماياتى : « اذا ادى الكفيل ماكفل به من ماله ، فله الرجوع بما ادى على الأصيل اذا كانت الكفالة بامر الاصيل .. » . ونصت المادة ٦٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الأمام ابى حنيفة على ماياتى :

« اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه وكانت له اهلية التصرف ، رجع الكفيل عليه بما ادى ، وان كانت بغير امره لا يرجع » . (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨٣ . فتح القدير ج ٥ ص ٤٠٩) .

(مادة ٧٨٣)

لا يثبت التزام الكفيل الا بالكتابة . ويجب ان يكون رضاء الكفيل رضاء صريحا .

هذه المادة تقابل المادة ٧٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « لاتثبت الكفالة الا بالكتابة ، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة » .

انظر المذكرة الايضاحية النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٣ مكرره) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢٦ و٤٢٧ .

فمقتضى المادة المقترحة لا يجوز اثبات التزام الكفيل بالكفالة الا بالكتابة ، دون نظر الى قيمة الالتزام الأصلى الذى على المدين ، ودون نظر الى قيمة ما التزم به الكفيل اذا كانت اقل من قيمة الالتزام الاصلى . فالنص مطلق وهذا هو حكم التقنين الحالى .

وقد رئى ان يضاف الى ذلك فى المادة المقترحة وجوب ان يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضا صريحا . وذلك نظرا الى خطورة الكفالة من حيث كونها تبرعا من الكفيل . وهذا الاعتبار هو الذى حدا بالشارع فى التقنين الحالى الى ايجاب ان يكون اثبات الكفالة بالكتابة . ولكن ايجاب الكتابة فى الاثبات لايكفى ، حيث يمكن ان تستخلص الكفالة من الكتابة بطريقة ضمنية ، مع انها من الخطورة بحيث يجب ان يكون رضاء الكفيل بها صريحا . حتى ذهب فريق من الفقه الى ايجاب ان يكون رضاء الكفيل رضاء صريحا . غير ان هذا الرأى يفتقر الى التطبيق القانونى السليم فى ضوء النص الحالى . ومن اجل ذلك جاء فى المادة المقترحة ان رضاء الكفيل يجب ان يكون صريحا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٤٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ما ياتى : « الكفالة لا تفترض ، ويجب ان يكون رضاء الكفيل صريحا » .

وللمادة المقترحة سندها الشرعى . فايجاب الكتابة فى اثبات التزام الكفيل تدعو اليه الآية الكريمة التى تقول : « يايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » . وايجاب ان يكون رضاء الكفيل صريحا اريد به حماية مصلحة الكفيل ، وتحقيق مصالح الناس مقصد اساسى من مقاصد الشريعة الاسلامية .

(٢) آثار الكفالة

(أ) العلاقة فيما بين الكفيل والدائن .

(مادة ٧٨٤)

١ – يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين .

٢ – ويجوز للكفيل ان يتمسك بجميع الدفوع التى يستطيع المدين ان يحتج بها .

٣ – على أنه اذا كان المدين ناقص الاهلية ، وكان الكفيل يعلم بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يتمسك بنقص أهلية المدين اذا أجيز العقد الأصلى .

هذه المادة تقابل المادة ٧٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ – يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين .

٢ – على انه اذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص اهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له ان يحتج بهذا الوجه » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

(١) افردت الفقرة الأولى من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة فى هذا الصدد ، وهى ان الكفيل يبرأ اذا برئت ذمة المدين . وافردت الفقرة الثانية لتقرير حق الكفيل فى التمسك بالدفوع التى يستطيع المدين ان يحتج بها .

(٢) عدلت صياغة الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى . وبناء على هذا التعديل ، فانه بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة ، اذا كان الكفيل يعلم بنقص اهلية المدين ، يجب التمييز بين حالتين : الأولى ان يكون العقد الأصلى مايزال موقوفا ولم تلحقه الاجازة ، ففى هذه الحالة يكون للكفيل ان يتمسك بابطال عقد الكفالة كما يكون للمدين ان يتمسك بابطال العقد الأصلى لنقص الأهلية . والثانية ان يكون العقد الأصلى قد تمت اجازته ، سواء من المدين عند زوال

نقص الاهلية او من وليه او وصيه او القيم عليه باذن المحكمة عند الاقتضاء ، ففى هذه الحالة لايستطيع الكفيل ان يتمسك بابطال عقد الكفالة مادام **العقد الأصلى قد اجيز .**

ويلاحظ ان هذه الفقرة الثالثة من المادة المقترحة تتناول حالة علم الكفيل بنقص اهلية المدين ، ولا تتناول حالة ما اذا كانت الكفالة قد عقدت بسبب نقص اهلية المدين . فاذا كانت الكفالة قد عقدت بسبب نقص اهلية المدين ، فان الكفيل لا يستطيع ان يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص اهليته وابطل العقد الأصلى . وهذا هو مقتضى حكم المادة ٧٧٧ من المشروع .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٥٩) والتعديل الذى ادخل عليها فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٦٨ و ٤٦٩ .

والفقرتان الاولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان مع المادتين ٧٥٣ و ٧٥٤ / ١ من التقنين الكويتى .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتقرر فى الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٦٦٢ من المجلة على ماياتى : « براءة الاصيل توجب براءة الكفيل » . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٨٥٤ من مرشد الحيران ، والمادة ٥٩٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٣) ، والمادة ٣٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية من مذهب الامام الشافعى (مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٨) ، والمادة ٢٠٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل (كشاف القناع ص ١٧٤ و ١٧٥ . الشرح الكبير ص ٧٢ و ٧٤) . والمادة ١١٤١ من مجلة الاحكام الشرعية .

وحكم الفقرة الثانية يستندالى مبدأ ان « التابع تابع » (مادة ٤٧ من المجلة) . فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، ومن ثم يجوز للكفيل ان يتمسك بالدفوع التى يستطيع المدين ان يحتج بها .

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثالثة : انظر المادة ٦٢٩ من المجلة والمادة ٨٢٤ من مرشد الحيران ، وقد تقدم ذكرهما .

(مادة ٧٨٥)

اذا قبل الدائن ان يستوفى من غير الكفيل شيئا آخر فى مقابل الدين ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء ، مالم يكن الدائن قد احتفظ بالحق فى الرجوع على الكفيل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا قبل الدائن ان يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » .

وقد اضيفت الى هذا النص عبارة « من غير الكفيل » ، لكى يتضح ان الوفاء بمقابل الذى يؤدى الى براءة ذمة الكفيل نهائيا، هو ذلك الذى يقع من المدين او من غيره ، على ان يكون هذا الغير هو غير الكفيل ، وذلك لأن الوفاء بمقابل الذى يقع من الكفيل لايبرىء ذمته اذا استحق الشىء ، حيث يكون ضامنا لهذا الاستحقاق ، فلا تبرأ ذمته طبقا للقواعد العامة .

واذا كان الدائن ، عند تسلمه المقابل ، قد احتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل اذا استحق هذا المقابل ، فلا تبرأ ذمة الكفيل اذا استحق المقابل ، ويكون للدائن حينئذ ان يرجع عليه .

انظر فى خصوص المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٠) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وتقرير هذه اللجنة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٧١ و ٤٧٢ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٥٥ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٠٢٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٧٧ من التقنين الأردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد الشرعية التى تقضى بان « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) . فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين .

فاذا انقضى الدين المكفول بالوفاء بمقابل انقضى التزام الكفيل ، وذلك ما لم يكن المقابل من الكفيل ، واستحق هذا المقابل ، حيث يتحمل الكفيل بضمان الاستحقاق . واذا اشترط الدائن ان يرجع على الكفيل عند استحقاق المقابل ، صح هذا الشرط .

(مادة ٧٨٦)

١ — تبرأ ذمة الكفيل بقدر ماأضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

٢ — ويقصد بالضمانات كل تامين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تامين مقرر بحكم القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٧٨٤ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « فى هذه المادة » التى جاءت بعد كلمة « بالضمانات » لعدم لزومها .

وتطابق المادة ٧٥٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٠٣٧ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٥٦ / ١ و ٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٧٤ و ٤٧٥ .

والسـند الشرعى للمادة المقترحة ان الدائن يتحمل تبعة خطئة الذى ادى الى ضياع التامينات التى تضمن الوفاء بالدين ، وذلك طبقا للقواعد العامة فى الضمان . ومقتضى هذا ان يبرا الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من هذه التامينات . وهذا من شانه أن يحمى مصلحة مشروعة للكفيل .

(مادة ٧٨٧)

١ ـ لاتبرا ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الاجـراءات للمطالبة بالدين عند حلول الأجل أو تاخره فى اتخاذها .

٢ ـ غير ان ذمة الكفيل تبرا اذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الاجراءات خلال ستة اشهر من تاريخ انـذار الكفيل للدائن ، ما لم يقـدم المدين للكفيل ضمانا كافيا .

هـذه المادة تتفق مع المادة ٧٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ لاتبرا ذمة الكفيل لمجرد ان الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات او لمجرد انه لم يتخذها .

٢ ـ على ان ذمة الكفيل تبرا اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيـدى للتقنين الحالى (م ١١٥٦ / ٣ و ٤) ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشـيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٧٩ ـ ٤٨١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٥٧ من التقنين الكويتى فيما عـدا ان مدة الانذار ثلاثة اشهر .

وتتفق مع المادة ٩٨١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٣٦ من التقنين العراقى .

واحكام المادة المقترحة يقرها الشرع الاسلامى لانها تهدف الى حماية مصلحة شرعية للكفيل ، حيث تبرا ذمته اذا قصر الدائن فى مطالبة المدين فى الوقت المناسب ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا . وقد نصت المادة ٣٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « اذا حل أجل الدين المضمون وكان المدين موسرا ، فلضامنه ان يلزم الدائن بان يطلب دينه من المدين أو يسقط الضمان عنه . . . » .

(مادة ٧٨٨)

اذا افلس المدين ، وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ماكان يستوفيه لو انـه تقدم فيها بالدين .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا أفلس المدين ، وجب على الدائن ان يتقدم فى التفليسة بالدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة فى العبارة الأخيرة منها ، حيث استبدلت عبارة «بقدر ما كان يستوفيه لو انه تقدم فيها بالدين» بعبارة « بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب أعمال الدائن » . وذلك بغية تحديد مقدار الضرر الذى يصيب الكفيل من جراء اهمال الدائن فى التقدم بالدين فى تفليسة المدين ، فيكون هو القدر الذى كان يحصل عليه الدائن لو انه تقدم فيها بالدين .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٥٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٨٣ ـ ٤٨٦ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٢٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٧٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧٥٨ من التقنين الكويتى .

واحكام المادة المقترحة يقرها الشرع الاسلامى . فهى تتفق مع القواعد العامة فى الضمان ، وترمى الى حماية مصلحة شرعية للكفيل . فاذا لم يتقدم الدائن فى تفليسة المدين ، تبرا ذمة الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو انه تقدم فيها بالدين .

(مادة ٧٨٩)

١ ـ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، فلا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر حصـته فى الدين .

٢ ـ اما اذا كان الكفلاء قد كفل كل منهم الدين على حدة بعقد مستقل ، فانه يجوز للدائن ان يطالب أى واحد منهم بكل الدين ، ما لم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غيرمتضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فى الكفالة .

٢ ـ اما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٢٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٧٤ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٧٥٩ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٦٤٧ من ولجلة على ما ياتى : « لو كان لدين كفلاء متعددة ، فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين ، وان كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذى لزم فى ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين ... » .

ونصت المادة ٨٤٠ من مرشد الحيران على ما ياتى : « اذا تعدد الكفلاء بدين ، وكان كل منهم قد كفله جميعه على حدة بعقود متعاقبة، يطالب كل منهم بجميع الدين ، فان ادى احدهم برىء الجميع وان كانوا كفلاء عن بعضهم بجميع الدين بامره يرجع المؤدى على كل منهم بقدر حصته » . ونصت المادة ٨٤١ على ما ياتى : « اذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معا فى عقد واحد ، فلا يطالب كل منهم الا بحصته من الدين المكفول . فان التزم كل منهم منفردا بجميع مالزم فى ذمة الآخر ، فللدائن ان يطالب كلا منهم بجميع الدين » .

ونصت المادة ٦٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على ما ياتى : « تعدد الكفيل بالمال جميعه على التعاقب جائز ، ويكون كل منهما مطالبا بالدين جميعه ، وماأداه احدهما لا يرجع بشيء منه على الكفيل الآخر . اما اذا كفل كل من الكفيلين صاحبه بجميع الدين وبامره ، فما أداه احدهما رجع بنصفه على شريكه ان شاء ثم يرجعان على الأصيل أو يرجع بالكل على الأصيل دون شريكه » (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٨ و ٢٩٩) .

ونصت المادة ٣٢٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : اذا تعدد الحملاء لدين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه ، فالدائن أن ياخذ جميع دينه من أى واحد منهم ولو تيسر اخذه من غيره ، وليس لمن اخذ من الدين ان يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء . وان لم يستقل كل واحد بالضمان واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض ، فله اخذ جميع الدين من اى واحد منهم ان تعذر الاخذ من غيره ، ويرجع الماخوذ منه على غيره من الحملاء . فان لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض ، أو تيسر الاخذ من الجميع ، فانه ياخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم (شرح مجموع الامير ج ٢ ص ١٦٩ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٧) .

(مادة ٧٩٠)

لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين . ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق .

هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٧٨٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين » .

وقد اضيف الى هذا النص ما يوجب على الكفيل ان يتمسك بحقه فى هذا الخصوص .

فيجب على الدائن ان يرجع اولا على المدين ، وذلك قبل ان يرجع على الكفيل . فاذا رجع الدائن على الكفيل أولا ، كان للكفيل ان يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولا على المدين . ومقتضى هذا ان الزام الدائن بالرجوع أولا على المدين مشروط فيه أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع ، فلا يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها .

وقد كان هذا المعنى واضحا فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٥٥) الذى انتهت إليه لجنة المراجعة ، اذ كان يجرى على الوجه الآتى : « ١ ـ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين . ٢ ـ لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله . ٣ ـ يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق . (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص٤٩٧) . ثم حصل بعد ذلك أن أدمجت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ونتيجة لذلك جاءت عبارة الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ من التقنين الحالى على النحو الآتى : « ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ويوخذ من هذا النص أن وجوب تمسك الكفيل بحقه أنما ينصرف الى الدفع بالتجريد فحسب مع أن هذا لم يكن مقصودا ، فكما يجب على الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يجب عليه أيضا التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، كما هو واضح من تقرير اللجنة المشار اليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٤٩٩) .

والذى يحصل فى العمل ان الدائن يرجع على المدين والكفيل معا فى وقت واحد ، وفى هذه الحالة لايكون هناك محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا .

ويلاحظ أن هناك دفعين متميزين أحدهما عن الآخر ، الدفع برجوع الدائن على المدين أولا ويبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، والدفع بالتجريد ويبدى عند التنفيذ على مال الكفيل . وقد كان

المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يخلط بين الدفعين ويسميها معا بالدفع بالتجريد (انظر المواد ١١٤٤ و١١٤٤ مكرر و١١٤٥ من المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٩٤ و ٥٠٠) . ولكن لجنة المراجعة ميزت بين الدفعين على النحو المذكور .

وبناء على هذا التمييز رئى افراد مادة مستقلة للدفع برجوع الدائن على المدين أولا ، وتخصيص المادتين التاليتين للدفع بالتجريد.

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء فى المادة ٧٦٠ من التقنين الكويتى متعلقا بالدفع المذكور .

وتقابل المادتين ١٠٢١ و ١٠٢٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٩٦٧ من التقنين الاردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المذهب المالكى ، ويتفق فى حالة خاصة مع المذهب الشافعى ، ويخالف المذهب الحنفى .

ففى المذهب المالكى نصت المادة ٣٢٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى :

« اذا حل الدين المضمون ، فليس للدائن ان يطالب الضامن به ان تيسر اخذه من مال المدين ولو كان المدين غائبا ، الا اذا اقتضى شرط خلاف ذلك فيعمل به » . وجاء فى ايضاح هذه المادة ما يأتى :

وما جرينا عليه فى النص من أن الأصل عدم مطالبة الضامن بالدين متى تيسر أخذه من المدين هو القول الذى رجع اليه مالك واخذ به ابن القاسم . والقول المرجوع عنه ان رب الدين مخير فى مطالبة المدين او مطالبة الضامن . والقول الأول اظهر لان الضمان معلق فى المعنى على تعذر اخذ الدين من المدين (الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٥ وحاشية الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٣ بداية المجتهد ج٢ ص ٣٤٨ . كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ج ٣ ص ٢٣٩) .

وفى المذهب الشافعى نصت المادة ٣٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على مايأتى : « للمستحق مطالبة الضامن والأصيل بالدين اجتماعا وانفرادا » . ولكن جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « اذا افلس الضامن والمضمون عنه، فقال الضامن للحاكم : بع أولا مال المضمون عنه . وقال المضمون له : أريد بيع مال ايكما شئت . قال الشافعى : ان الضمان بالأذن اجيب الضامن ، والا فالمضمون له » .

وفى المذهب الحنفى نصت المادة ٦٤٤ من المجلة على ما يأتى : « الطالب مخير فى المطالبة ، ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ، ومطالبه احدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الآخر ويطالبهما معا » . ونصت المادة ٨٣٩ من مرشد الحيران على مايأتى : « يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل او مطالبة الكفيل او مطالبتهما معا ، وان كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما » .

(مادة ٧٩١)

لا يجوز للدائن ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله . ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق .

هذه المادة تطابق الفقره الثانية من الماده ٨٧٨ من التقنين الحالى انظر فى التمييز بين الدفع بالتجريد والدفع برجوع الدائن على المدين أولا . المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء فى المادة ٧٦٠ من التقنين الكويتى متعلقا بالدفع المذكور .

وتقابل المادة ١٠٢١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٩٦٧ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

(مادة ٧٩٢)

١ — اذا طلب الكفيل تجريد المدين ، وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال المدين .

٢ — ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، اذا كانت هذه الأموال متنازعا فيها ، أو كانت موجودة خارج مصر .

هذه المادة تقابل المادة ٧٨٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدين كله .

٢ — ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، اذا كانت هذه الأموال تقع خارج الاراضى المصرية ، أو كانت اموالا متنازعا فيها » .

وقد ادخل على الفقرة الاولى من هذه المادة تعديل فى الحكم . وبمقتضى هذا التعديل لا يتحتم على الكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين تفى بالدين كله كما يقضى النص الحالى ، فيجوز له ان يدل على أموال تفى ببعض الدين ، ويجبر الدائن حينئذ على قبول وفاء جزئى ، اذ لا يناله من ذلك ضرر كبير حيث يرجع فورا على الكفيل ببقية الدين . ووجه العدالة ظاهر فى هذا الحكم مراعاة لمصلحة الكفيل الذى تبرع بالكفالة . وقد كان المشروع التمهيدى للنص الحالى يأخذ بهذا الحكم ، فكانت المادة ١١٤٤ مكررة منه تنص على أن « اذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين، وان يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص الى ما هو عليه الآن .

وادخل على الفقرة الثانية تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة ١١٤٤ مكررة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٥٠٢ — ٥٠٤ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٦١ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٧٨٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٠٢٥ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة ٧٩٠ .

(مادة ٧٩٣)

فى كل الاحوال التى يدل فيها الكفيل على اموال المدين ، تبرا ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن ان يستوفيه من الدين بسبب عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب .

هذه المادة تقابل المادة ٧٩٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « فى كل الاحوال التى يدل فيها الكفيل على اموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذ الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب » .

وقد عدلت هذه المادة على نحو يتحدد فيه القدر الذى يكون الدائن مسئولا عنه قبل الكفيل ، وهو ما يتعذر على الدائن ان يستوفيه من الدين بسبب عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة ضد المدين فى الوقت المناسب . حيث تبرا ذمة الكفيل فى حدود هذا القدر . ونطاق الحكم بمقتضى هذا التعديل اوسع مما يقضى به النص الحالى ، فهو لا يقتصر على حالة اعسار المدين ، بل يشمل كذلك كل حالة اخرى يتعذر فيها على الدائن ان يستوفى الدين ، كما لو كانت اموال المدين منقولات وتمكن من تهريبها او اخفائها .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٢ من التقنين الكويتى .

وحكمها فى الفقه الاسلامى ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى ، تطبيق لقواعد المسئولية عن ترك واجب يترتب عليه الحاق ضرر بالغير . والواجب المتروك هنا هو اتخاذ الاجراءات اللازمة ضد المدين فى الوقت المناسب ، حيث يترتب على تركه ان يضار الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن ان يستوفيه من الدين بسبب هذا الترك ، الأمر الذى يؤدى الى براءة ذمة الكفيل فى حدود هذا القدر .

(مادة ٧٩٤)

اذا كان هناك تامين عينى على مال للمدين يضمن الدين ، وكان هذا التامين سابقا على الكفالة او معاصرا لها ، جاز للكفيل اذا لم يكن متضامنا مع المدين ان يطلب من الدائن التنفيذ على المال الذى ترتب عليه التامين العينى قبل التنفيذ على امواله .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٩١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا كان هناك تامين عينى خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين ، وقدمت الكفالة بعد هذا التامين او معه ، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التى خصصت لهذا التامين » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لايضاح ما يأتى :

اولا : ان الحكم يتعلق بتامين عينى ترتب على مال للمدين ضمانا للدين ، وليس على مال لغير المدين . فاذا كان التامين العينى مقررا على مال لغير المدين ، فان هذا الغير يكون كفيلا عينيا ، فاذا وجد معه كفيل شخصى لذات الدين ، فلا يكون لأى من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر .

ثانيا : ان الحكم يتعلق بتامين عينى ايا كان مصدره . حيث يؤخذ على النص الحالى انه يتحدث عن « تامين عينى خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين » . مع ان الحكم يشمل التامين العينى ، سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق أو حكم القضاء .

ثالثا : ان من شروط انطباق الحكم ان يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن اولا على المال الذى ترتب عليه التامين العينى ، فلايجوز للمحكمة ان تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد تقدم أن الحق فى تجريد المدين يجب على الكفيل أن يتمسك به (م ٧٩١ من المشروع) .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٤٧) ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٥١٠ و ٥١١ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٠٢٣ من التقنين العراقى التى تطابق نص المشروع التمهيدى التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٩٧١ من التقنين الاردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع راى فى المذهب الشافعى . فقدجاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٣٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى ما يأتى : « اذا رهن رهنا واقام ضامنا خير المستحق بين بيع الرهن ومطالبة الضامن على الصحيح » . وعليه فمقابل الصحيح ، وهو راى آخر فى المذهب ، ان على الدائن ان يبيع الرهن اولا ، فاذا لم يكف طالب الكفيل بما بقى من الدين .

(مادة ٧٩٥)

١ — يلتزم الدائن بان يسلم الكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

٢ — واذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون او محبوس ، وجب على الدائن ان يتخلى عنه للكفيل .

٢ – واذا كان الدين مضمونا بتامين عينى ، فان الدائن يلتزم بان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التامين الى الكفيل ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٧٨٧ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى طفيف .

وتطابق المادة ١٠٢٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٨٠ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٧٦٤ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٩٢ و ٤٩٣ .

ويعتبر حكم المادة المقترحة فى الفقه الاسلامى تطبيقا لقاعدة قررها علماء الأصول ، وهى «ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب» . والواجب هنا هو حصول الكفيل على حقه من المدين حين يوفى بالدين الى الدائن ، ومقتضى هذا ان يلتزم الدائن بان يمكن الكفيل من الحصول على حقه ، فيسلمه مستندات الدين المكفول اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع على المدين ، ويمكنه من الحلول فى تأمينات الدين .

(مادة ٧٩٦)

لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، ما لم يكن كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٩٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » .

وقد قالت لجنة المراجعة فى خصوص هذا النص انه « يجعل كفيل الكفيل فى علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الاصلى مدينا اصليا بالنسبة الى حق رجوع الدائن عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٥٣٥) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٧٢ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٣٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٦ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مذهب الامام مالك . فقد نصت المادة ٣٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما ياتى : « يصح ضمان الضامن ، فيلزمه ما يلزم الضامن الأصلى ، ولا يجوز للدائن ان يرجع بالدين على ضامن الضامن الا اذا تعذر الرجوع به على الضامن الاصلى » (الشرح الكبير وحاشيته ج٣ ص ٢٩٨) .

وجاء فى كتاب الفقه على المذاهب الاربعة (ج ٣ ص ٢٣٩) فى خصوص مذهب المالكية ان المضمون اذا كان موسرا حاضرا ، فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن ، وهذا بعمومه يشمل الكفيل بالنسبة للاصيل كما يشمل كفيل الكفيل بالنسبة للكفيل .

وجاء فى بداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٤٨) ان الامام مالك فى احد قوليه : « ليس للدائن ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه » .

(مادة ٧٩٧)

لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب الرجوع اولا على المدين ، كما لا يجوز له ان يطلب تجريد المدين من أمواله .

هذه المادة تقابل المادة ٧٩٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « لا يجوز للكفيل المتضامن ان يطلب التجريد » .

وقد عدلت هذه المادة باستكمال حكمها . فالكفيل العادى له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ٧٩٠ من المشروع) وله ان يتمسك ايضا بحق التجريد اى تنفيذ الدائن على أموال المدين أولا (م٧٩١ من المشروع) . اما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك باى من هذين الحقين . حيث يستطيع الدائن ان يرجع عليه بكل الدين قبل ان يرجع على المدين ، فله الخيار ان شاء رجع على المدين وان شاء رجع على الكفيل المتضامن ، وله ان يرجع عليهما معا فى وقت واحد . كذلك للدائن ان ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين اولا ، ولا يستطيع هذا الاخير ان يتمسك قبل الدائن بحق التجريد .

والعبارة الأولى من المادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١٠٣١ من التقنين العراقى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع راى جمهور الفقه الاسلامى ، مع ملاحظة ان هذا الراى لا يفرق بين الكفيل العادى والكفيل المتضامن مع المدين .

انظر فى هذا النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة ٧٩٠ من المشروع : المادة ٦٤٤ من المجلة ، والمادة ٨٣٩ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى ، والقول الذى رجع عنه الامام مالك فى ايضاح المادة ٣٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(مادة ٧٩٨)

يجوز للكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين .

هذه المادة تطابق المادة ٧٩٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٦٧ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٥١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٥٢٥ و ٥٢٦ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى . فعقد الكفالة عقد تابع ، والتزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الأصلى . والقاعدة فى هذا الفقه أن التابع تابع (م ٤٧ من المجلة) . وبناء على ذلك فان الكفيل ، سواء كان كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا مع على ذلك فان الكفيل ، سواء كان كفيلا عاديا او كفيلا متضامنا مع المدين ، يجوز له ان يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين .

(مادة ٧٩٩)

فى الكفالة القانونية أو القضائية ، يكون الكفيل متضامنا مع المدين .

هذه المادة تتفق مع المادة ٧٩٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « فى الكفالة القضائية أو القانونية ، يكون الكفلاء دائما متضامنين » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لكى يتضح المقصود منها . فظاهر النص الحالى يمكن ان يفهم منه انه فى حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة ، ومتضامنين فيما بينهم من جهة اخرى . مع ان هذا التفسير لم يكن مقصودا عند وضع النص . وانما كان المقصود ان كلا من الكفيل القضائى والكفيل القانونى يكون دائما ، ويحكم القانون ، متضامنا مع المدين . اذ ان المدين عادة يقدم كفيلا واحدا ، فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين . فاذا حصل ان تعدد الكفلاء الذين قدمهم المدين ، وهذه حالة نادرة ، فان كلا منهم يكون متضامنا مع المدين ، ولكن لا يقوم التضامن فيما بينهم الا اذا شرط . ومع ذلك يسرى على هؤلاء الكفلاء كثير من احكام التضامن كما لو كانوا متضامنين فيما بينهم ، وبوجه خاص يكون كل منهم مسئولا عن كل الدين ولا يكون لأى منهم حق التقسيم ، وذلك لان كلا منهم مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٠٣٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٧٦٦ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يهدف الى حماية مصلحة شرعية للدائن ، لأن تضامن الكفيل مع المدين يوفر للدائن ضمانا اكبر ، حيث يكون للدائن ان يطالبهما مجتمعين او منفردين دون التقيد باولوية فى هذه المطالبة .

(مادة ٨٠٠)

اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، أو كان كل منهم قد كفل الدين على حده بعقد مستقل ، ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم .

هذه المادة تقابل المادة ٧٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، ووفى أحدهم بالدين عند حلوله ، كان له ان يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » .

وقد أضيفت الى هذه المادة حالة ما اذا كان كل من الكفلاء قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل ، وهى الحالة التى تناولتها الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ من المشروع ، وفيها لا يكون الكفلاء مسئولين على سبيل التضامن ، بل يكونون مسئولين على سبيل التضامم . ولا فرق فى الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم ، ففى كلتيهما يكون كل كفيل مسئولا نحو الدائن عن كل الدين ، ويكون رجوع كلتيهما يكون كل كفيل مسئولا نحو الدائن من كل الدين وبنصيبه فى حصة المعسر . ولذلك رئى الجمع بينهما فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٦٨ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادتين ١٠٢٤ و ١٠٣٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادتين ٩٧٤ و ٩٧٥ من التقنين الاردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى : انظر فى هذا النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة ٧٨٩ من المشروع . المادة ٦٤٧ من المجلة ، والمادة ٨٤٠ من مرشد الحيران ، والمادة ٦٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، والمادة ٢٢٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر : بدائع الصنائع ج٦ ص ١٠ . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٥٩ . المغنى ج ٥ ص ٥٨ . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٨ و ٢٩٩ . شرح مجموع الأمير ج ٢ ص ١٦٩ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٧ .

٢ ــ العلاقة فيما بين الكفيل والمدين :

(مادة ٨٠١)

١ ــ يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت لديه وقت الاستحقاق اسباب تقضى ببطلان الدين او بانقضائه .

٢ – فاذا عارض المدين فى الوفاء ، وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء وان يدخل المدين فى الدعوى التى يرفعها الدائن ، والا سقط حقه فى الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه او بانقضائه .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، والا سقط حقه فى الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق اسباب تقضى ببطلان الدين او بانقضائه .

٢ – فاذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه اسباب تقضى ببطلانه او بانقضائه » .

وقد عدلت هذه المادة بان استبدلت بالفقرة الثانية منها الفقرة الثانية من المادة المقترحة . وبالرغم من ان كلا من هاتين الفقرتين يأتى حكمها من مقتضى الفقرة الاولى ، فقد رئى ايراد الفقرة الثانية من المادة المقترحة لايضاح ما يترتب على معارضة المدين فى الوفاء، حيث انه بموجب هذه المعارضة يمتنع على الكفيل أن يقوم بالوفاء للدائن ، كما يجب عليه ان يدخل المدين خصما فى الدعوى اذا طالبه الدائن قضائيا حتى يتولى المدين دفع مطالبة الدائن . فاذا وفى الكفيل الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين ، معتقدا عدم صحة المعارضة، فانه يفى بالدين فى هذه الحالة على مسئوليته ، بحيث اذا تبين أن المدين على حق فى معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولا يبقى امامه الا ان يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع دون حق .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١١٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٥٣٩ و ٥٤٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٦٩ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ٢/٩٨٣ من التقنين الاردنى.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحد قولين فى مذهب الشافعية . فقد نصت المادة ٧١١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على ما يأتى : « يرجع الضامن الغارم على الأصيل ان وجد اذنه فى الضمان والأداء » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « وان اذن (الأصيل) فى الضمان فقط وسكت عن الاداء رجع فى الاصح لانه اذن فى سبب الاداء . والثانى : لا يرجع لانتفاء الاذن فى الاداء » . وبناء على هذا الرأى الثانى ، فانه يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ليأذن المدين فى الوفاء أو يعارض فيه .

(مادة ٨٠٢)

١ – للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه او بغير علمه او رغم معارضته .

٢ – ويرجع بأصل الدين وبمصروفات المطالبة الاولى والمصروفات التى انفقها من وقت اخطاره المدين بالاجراءات التى اتخذت ضده . وله فوق ذلك أن يرجع بالتعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٨٠٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – للكفيل الذى وفى الدين ان يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه او بغير علمه .

٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات . على انه فى المصروفات لايرجع الا بالذى دفعه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده .

٣ – ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – اضيفت الى الفقرة الاولى حالة ما اذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين . وبمقتضى هذه الاضافة يكون حكم هذه الحالة فى رجوع الكفيل على المدين هو الحكم ذاته اذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه . فثمة حالات ثلاث يرجع فيها الكفيل الذى وفى الدين على المدين : ان تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح او الضمنى ، أو تكون قد عقدت بعلمه ولكن رغم معارضته ، أو تكون قد عقدت بغير علمه .

٢ – حذفت عبارة « وبالفوائد » من الفقرة الثانية ، كما حذفت الفقرة الثالثة التى تتحدث عن الفوائد ، وذلك جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

٣ – اضيفت فى الفقرة الثانية عبارة « مصروفات المطالبة الأولى » بعد اصل الدين ، وهى مصروفات المطالبة الأولى التى يقوم بها الدائن للكفيل ، اذ هى لا تخضع لشرط اخطار المدين بها كما هو الحكم فى المصروفات الأخرى ، لان الكفيل لايعلم بها قبل حصولها حتى يخطر بها المدين .

٤ – كذلك اضيفت فى نهاية الفقرة الثانية عبارة تفيد أن للكفيل الحق فى ان يرجع على المدين بالتعويض .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٥٣ مكررة) ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٥٤٧ .

والمادة المقترحة تقابل المواد ١/١٠٣٣ و ١٠٣٤ و ١٠٣٨ و ١٠٣٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ٩٨٢ و ٩٨٥ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٧٧٠ من التقنين الكويتى .

القسم الثانى

الحقـوق العينية

الكتاب الثالث

الحقوق العينية الأصلية

البـاب الأول
حق الملكية

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عـام
نطاق حق الملكية ووسائل حمايتـه

(مادة ٨٠٥)

الملكية حق يخول مالك الشىء وحده ، فى حدود القـانون ، سلطة استعماله واسـتغلاله والتصرف فيه ، على ان يكون ذلك متفقا مع ماالحق الملكية من وظيفة اجتماعية .

هذه المـادة تتفق مع المـادة ٨٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يـأتى : « لمـالك الشىء وحده ، فى حدود القـانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

وقـد صيغت المـادة المقترحة على نحو يتفق مع اشتمالها على تعريف لحق الملكية . واضـيف فيها مايفيد أن ممارسـة المـالك لسلطاته ، وهى عناصر حق الملكية ، يجب ان تكون متفقة مع مالهذا الحق من وظيفة اجتماعية . اذ ان هذا المعنى ملحوظ فى ظل النص الحـالى . فقد كانت المـادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، بحسـب ما انتهت اليه فى لجنة المراجعة ، تنص على ان « لمـالك الشىء وحده ، فى حدود القانون ، حق اسـتعمال الشىء واسـتغلاله والتصرف فيه ، على ان يكون ذلك متفقا مع ماالحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ثم حذفت العبارة الأخيره من هذا النص لأنها « اشكل بالايضـاحات الفقهية وان فى التطبيقات التى اوردها المشروع فى النصـوص التالية ما يغنى عنها » (مجموعة الأعمـال التحضيرية ج ٦ص ١٥ و ١٦) . ويعزز هذه الاضافة فى النص المقترح تلك الصياغة الجديدة لنظرية التعسف فى استعمال الحق فى المشروع بما تضمنته من معيار عام يقضى باعتبار استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضـه الاجتماعى الذى قصد اليـه الشارع (م ٣٧ من المشروع) .

وقد نص الدستور الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧٢ فى المـادة ٣٢ منه على ما يأتى : « الملكية الخاصـة تتمثل فى راس المـال غير المستغل ، وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى وفى اطار خطة التنمية ، دون انحراف واستغلال ، ولا يجوز ان تتعارض فى طرق استخدامها مع الخير العام الشعب » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٤ .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ١٠٤٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادة ١٠١٨ من التقنين الأردنى .

وتقابل المـادة ٨١٠ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المـادة ١١ من مرشد الحيران على ماياتى : « الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارهـا ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة » . ونصت المادة ٩٦ من المجلة على ما يأتى : « لا يجوز لأحد ان يتصرف فى ملك الغير بلا اذنه » . ونصت المـادة ١١٩٢ من المجلة على ما يأتى : « كل يتصرف فى ملكه كيف شـاء . لكن اذا تعلق حـق الغير به فيمنع المـالك من تصرفه على وجـه الاستقلال ... » .

وقال صاحب فتح القدير (ج ٥ ص ٤٥٦) ان الملك قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف .

(مادة ٨٠٦)

١ ـ يملك مالـك الشىء كل ما يعـد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير .

٢ ـ وتشـمل ملكية الارض مافوقها وماتحتها ، الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا .

٣ ـ ويجوز بمقتضى القانون او بموجب تصرف قانونى ان تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية مافوقها او ماتحتها .

هذه المـادة تطابق المـادة ٨٠٣ من التقنين الحـالى ، فيما عدا تعديل لفظى طفيف فى الفقرتين الأولى والثانية ، واسـتبدال عبارة « تصرف قانونى » بكلمة « الاتفاق » فى الفقرة الأخيرة ، لأن التصرف القانونى اعم من الاتفاق فى الدلالة على معنى الارادة .

وتتفق مع المـادة ١٠٤٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المـادة ١٠١٩ من التقنين الأردنى .

والفقرتان الثانية والثالثة منها تتفقان مع المـادة ٨١٢ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ص ١٧ و١٨ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١١٩٤ من المجلة على ما يأتى : « كل من ملك محلا صار مالكا مافوقه وماتحته ايضا ، يعنى يتصرف فى العرصة التى هى ملكه بالبناء والعلو كما يشاء وسائر التصرفات كحفر ارضها واتخاذها مخزنا وينشئها كما يشاء عمقا أو يجعلها بئرا » .

(مادة ٨٠٧)

لمالك الشىء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، مالم يوجد نص او تصرف قانونى يخالف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٨٠٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « تصرف قانونى » بكلمة « اتفاق » لأن التصرف القانونى اعم من الاتفاق فى الدلالة على معنى الارادة .

وتتفق مع المادة ١٠٤٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٢/١٠١٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٨١١ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ص ٢٠ و ٢١ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . انظر فى هذا : المادة ١١ من مرشد الحيران ؛ وقد تقدم ذكرها .

(مادة ٨٠٨)

لا يجوز أن يحرم احد ملكه الا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل .

هذه المادة تطابق المادة ٨٠٥ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٠٢٠ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٥٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذا التقنين يقضى بأن يدفع التعويض مقدما .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ص ٢٣ ــ ٢٥ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٩٧ من المجلة على ما يأتى : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال احد بلا سبب شرعى » . ونصت المادة ١٢١٦ من المجلة على مايأتى : « لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق ، لكن لا يؤخذ من يده مالم يتاد الثمن » .

كذلك نصت المادة ١٦٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « لاينزع ملك احد من يده بغير حق شرعى » . ونصت المادة ١٦٥ منه على مايأتى : « اذا اقتضت المصلحة العامة اخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه مالم يؤوله ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من اهل الخبرة » . وقد اشير فى الهامش الى أن مصدر النص فى حاشية ابى السعود على مثلا مسكين من الوقف ص ٥١٩ ؛ وقد جاء بها أنه « اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ؛ لأنه لما ضاق المسجد الحرام اخذ الصحابة ارضين بكره وزادوا فى المسجد زيلعى ، وهذا من الاكراه الجائز » .

الفصل الثانى

القيود التى ترد على حق الملكية

(مادة ٨٠٩)

على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة ، وعليه كذلك مراعاة الاحكام الآتية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٠٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « على المالك ان يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة ، وعليه ايضا مراعاة الاحكام الآتية » .

وقد حذفت من هذه المادة عبارة « والمراسيم » ، اكتفاء بعبارة « واللوائح » لانها اعم اذ تشمل كل تشريع يصدر من السلطة التنفيذية .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١١٦٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٢٦ .

وتتفق المادة المقترحة مع المادة ١٠٢١ من التقنين الاردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى . ذلك ان الحق يثبت للشخص بمقتضى الشرع . فليس للشخص حقوق الا ما يقضى به الشرع . ويقول ابو اسحق الشاطبى فى هذا المعنى : « ماهو حق للعبد انما ثبت كونه حقاله باثبات الشرع ذلك له : لا بكونه مستحقا لذلك بحسب الأصل » (الموافقات ج٢ ص٢٣٨) . وبناء على ذلك يثبت الحق للشخص فى الحدود التى تقضى بها القوانين واللوائح ، فيجب على الشخص ان يراعى فى استعمال حقه هذه الحدود .

(مادة ٨١٠)

يجب ان تقام المحال والمنشآت المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة على المسافات المبينة فى القوانين واللوائح ، وبالشروط التى تفرضها

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب ان تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح ، وبالشروط التى تفرضها » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لكى يكون الحكم شاملا لكل ماهو مقلق للراحة او مضر بالصحة او خطر ، وسواء كان مصدره القوانين او اللوائح .

وحكم المادة المقترحة تطبيق مباشر لما قررته المادة السابقة . ومن ثم فانه يتفق مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى على ما سبق بيانه تحت هذه المادة .

(مادة ٨١١)

١ – على المالك الا يغلو فى استعمال حقه الى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف .

٢ – وللجار أن يرجع على جاره ولو كان قد اتخذ كل ما يمكن من تدابير لتجنب الضرر غير المألوف ، او كان الاستعمال الذى نشا عنه هذا الضرر مرخصا فيه من السلطة المختصة . والمحكمة ان تامر بازالة الضرر غير المألوف ، او أن تقتصر على الحكم بتعويض نقدى اذا رات ما يبرر ذلك . ويراعى ، فى تقدير مجاوزة الضرر للحد المألوف ، العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ – على المالك الا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار .

٢ – وليس للجار ان يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة فى ضوء ماجرى عليه القضاء واجمع عليه الفقه .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٦٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ – ٣٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٢٧ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٨٠٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٥٠١ من التقنين العراقى .

وتتفق احكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ٥٧ من مرشد الحيران على ما يأتى : « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ويبنى ما يريده ، مالم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا » . ونصت المادة ٥٩ على ما يأتى : « الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية اى المنافع المقصودة من البناء . واما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . ونصت المادة ٦٠ على ما يأتى : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما او حادثا » . ونصت المادة ٦١ على ما يأتى : « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لاحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وان فعل ذلك للجار ان يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » . نصت المادة ٦٣ على ما يأتى : « ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فاحدث غيره بجواره بناء مجددا . فليس للمحدث ان يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » .

وفى هذا المعنى ايضا : المواد ١١٩٨ – ١٢٠٩ من المجلة .

(مادة ٨١٢)

١ – من انشا مسقاة خاصة او مصرفا خاصا وفقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالهما .

٢ – ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين للارض المنشاة بها المسقاة أو المصرف أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة او المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٠٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – من انشا مسقاة او مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها .

٢ – ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين ان يستعملوا المسقاة او المصرف فيما تحتاجه اراضيهم من رى او صرف ، بعد ان يكون مالك المسقاة او المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك

المجاورين فى هذه الحالة ان يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة او المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة اراضيهم التى تنتفع منهما ».

وقد ادخلت على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . واضيف الى الفقرة الثانية ما يفيد بان المقصود بالجوار فى هذا الصدد هو جوار الارض المنشأة بها المسقاة أو المصرف ، وذلك دفعا لكل شك فيما يقصد بالجوار فى هذا الخصوص .

والمادة المقترحة تقابل المواد ١٠٥٥ – ١٠٥٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٢٩٢ – ١٢٩٥ من التقنين الأردنى .

واحكام المادة المقترحة تتفق مع احكام الفقه الاسلامى ، فيما عدا أن الجار ليس له حق الحصول على الشرب من مسقاة جاره الا بالاتفاق معه .

فقد نصت المادة ١٢٦٧ من المجلة على ما يأتى : « الانهار المملوكة يعنى المياه الداخلة فى المجارى المملوكة حق شربها لاصحابها ، وللعامة فيها حق الشفة فقط ، فلا يسوغ لاحد ان يسقى اراضيه من أنهر مخصوص بجماعة أو جدول او قناة او بئر بلا اذنهم ، لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله أيضا أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات ان لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات وكذلك له اخذ الماء منها الى جنينته وداره بالجرة والبرميل » . انظر كذلك المواد ١٢٦٢ – ١٢٦٦ والمادتين ١٢٦٨ و ١٢٦٩ من المجلة .

ونصت المادة ٤٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « من انشأ ترعة من ماله لسقى ارضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء ، وليس لغيره ان يسقى ارضه منها الا باذن المنشىء . وللغير ان يشرب منها ويسقى دابته » . انظر كذلك المواد ٣٧ – ٤١ والمواد ٤٣ – ٤٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٨١٣)

يجب على مالك الأرض ان يسمح بان تمر بارضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه المصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عام ، بشرط أن يعوض عن ذلك مقدما .

هذه المادة تطابق المادة ٨٠٩ من التقنين الحالى ، فيما عدا ما يتعلق بالتعويض ، حيث استبدلت عبارة « بشرط ان يعوض عن ذلك مقدما » بعبارة « بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » . وهذا الحكم المقترح والذى يقضى بدفع التعويض مقدما كان مقررا فى التقنين المدنى القديم (م ٣٣/٥٤) ، وفى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى (م ١١٧٣) ، كما انه مقرر فى قانون الرى والصرف . ووجه العدالة فيه ظاهر .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (١١٧٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٤ – ٤٦ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٥٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٢٩٨ – ١٣٠٠ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٥ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا كان لأحد مسقى جار بحق فى ارض آخر ، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن اجرائه فى ارضه » .

(مادة ٨١٤)

اذا اصاب الأرض ضرر من مسقاة او مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فان لمالك الارض ان يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٨١٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا اصاب الأرض ضرر من مسقاة او مصرف يمر بها ، سواء اكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير ام عن سوء حالة الجسور ، فان لمالك الأرض ان يطلب تعويضا كافيا عما اصابه من ضرر » .

وقد حذفت من هذه المادة كلمة « كافيا » بعد كلمة « تعويضا » ، لانها تزيد لا لزوم له ، اذ التعويض يجب ان يكون جابرا للضرر .

والمادة المقترحة تتفق مع ماجاء فى نهاية المادة ١٠٥٨/١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٢٩٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٥٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا كان لأحد مجرى او سياق ماء فى دار آخر فحصل به خلل تسبب عنه للجار ضرر ، فللجار ان يجبر صاحبه على دفع الضرر عنه بتعميره واصلاحه او عدم الاجراء فيه ، واذا اراد صاحبه اصلاحه فمنعه الجار من الدخول فى داره يخير صاحب الدار بين ان يتركه يدخل ويصلح وبين ان يفعل صاحب الدار ذلك بماله » .

(مادة ٨١٥)

اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة او مصرف على القيام بالاصلاحات الضرورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب اى منهم .

هذه المادة تطابق المادة ٨١١ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١٣١١ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى لها تلك القاعدة التى تقضى بأن « الغرم بالغنم يعنى ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره » (م ٨٧ من المجلة) .

(مادة ٨١٦)

١ ـ مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، او التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لايتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الاراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض يدفعه مقدما . ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون المرور فيه اخف ضررا وفى موضع يتحقق فيه ذلك .

٢ ـ واذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء .

هذه المادة تقابل المادة ٨١٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام ، او التى لايصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لايتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون المرور فيه اخف ضررا ، وفى موضع يتحقق فيه ذلك .

٢ ـ على انه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الاجزاء » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ حذفت كلمة « عادل » التى جاءت بعد كلمة تعويض .

٢ ـ نص على **ان يكون التعويض مقدما** . وقد كان هذا الحكم مقررا فى المادة ١١٧٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

٣ ـ استبدلت فى بداية الفقرة الثانية عبارة « واذا كان الحبس » بعبارة « على انه اذا كان الحبس » . اذ ان هذه العبارة الاخيرة قد توحى بان هناك تعديلا للقواعد الواردة فى الفقرة الاولى ، ولا سيما وان المذكرة الايضاحية للتقنين الحالى تقول عن الفقرة الثانية انها تتضمن « تقييدا عادلا لحق المرور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ص ٥٠) . والواقع ان التصرف القانونى الذى ادى الى التجزئة يرتب التزاما بانشاء حق ارتفاق لصالح الجزء الذى ينحبس عن الطريق العام ، اذ ان هذا من مستلزمات التصرف ولو لم يرد فيه شرط صريح بهذا المعنى . وذلك طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من المشروع من انه « لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته ، وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف » . فمالك الجزء الذى انحبس بسبب تجزئة العقار الاصلى ، اذ يطالب بالمرور فى الجزء الآخر من العقار ، لايستند الى حق المرور القانونى ، فليس له هذا الحق ، بل يستند الى التزام بانشاء ارتفاق ترتب على التصرف الذى ادى الى التجزئة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٧٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ص ٥٠ و٥١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٥٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ١٢٩٠ و ١٢٩١ من التقنين الاردنى اللتين تتفقان مع المادة ٨١٢ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا كان لاحد المرور فى ارض شخص آخر ، فليس لصاحبها ان يمنعه من المرور منها ، وله ان يقود دوابه وعربته اذا كان له هذا الحق » .

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، باعتبار ان الحق فى المرور لصالح الجزء الذى ينحبس من مستلزمات التصرف الذى ادى الى التجزئة ، نصت المادة ١١٦٥ من المجلة على ما يأتى : « حق الطريق والمسيل فى الأراضى المجاورة للمقسوم داخل فى القسمة على كل حال ، يعنى فى اى حصة وقع يكون من حقوق صاحبها سواء قبل بجميع حقوقها حين القسمة او لم يقبل » .

(مادة ٨١٧)

١ ـ لكل مالك ان يجبر جاره على وضع حدود لاملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لكل مالك ان يجبر جاره على وضع حدود لاملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » .

وقد استبدلت فى هذا النص كلمة « مناصفة » بكلمة « شركة » ، لبيان ما يلتزم به كل جار من نفقات التحديد ، حيث تقسم بينهما مناصفة بحسب الرؤوس .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٨١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ص ٥٤ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨١٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٠٦٠ من التقنين العراقى .

والسند الشرعى لها انها من الأعمال التنظيمة التى تهدف الى المحافظة على مصالح الجيران والحيلولة دون قيام نزاع بينهم .

(مادة ٨١٨)

١ – ليس للمالك ان يجبر جاره على تحويط ملكه .

٢ – ومع ذلك ، فليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط .

هذه المادة تقابل المادة ٨١٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ليس للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط او من الارض التى عليها الحائط الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ .

٢ – ومع ذلك ، فليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة ، حيث استبدلت كلمة « للمالك » بكلمة « للجار » ، وحذفت العبارة الاخيرة منها لكى يأتى حكمهما بين النصوص المتعلقة بالحائط المشترك الذى نقلت احكامه من بين النصوص الخاصة بالقيود التى ترد على حق الملكية الى الوضع الخاص بالشيوع الاجبارى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٨٦) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٥ و٦٦ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩٢ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨١٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٢٧٩ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٨١٨ من التقنين المصرى الحالى .

وحكمها يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

ففيما يتعلق بالفقرة الأولى ، نصت المادة ٦٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « لايجوز للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط او غيره على حدود ملكه .... » .

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية ، فانه يعتبر تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق .

(مادة ٨١٩)

١ – لايجوز للجار ان يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة او الخارجة .

٢ – واذا كسب احد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار ان يبنى على اقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل .

هذه المادة تطابق المادة ٨١٩ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٨٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٨ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٢ من مرشد الحيران على ما يأتى :

« رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ احداث شباك او بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره ، وان احدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، اما بسد الشباك أو ببناء ساتر ؛ فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده » . وفى هذا المعنى ايضا المادتان ١٢٠٢ و ١٢٠٣ من المجلة .

(مادة ٨٢٠)

لايجوز ان يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٠ من التقيين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« لا يجوز ان يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل . ولكن يرتفع هذا الخطر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » .

وقد رؤى حذف الجزء الاخير من هذه المادة حتى يكون القيد عاما ، اذ ليس هناك ما يسوغ رفع هذا القيد اذا كان المطل المنحرف هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

(مادة ٨٢١)

لاتشترط اية مسافة لفتح المناور ، وهى التى لايقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون ان يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور . ولا يجوز ان يقل ارتفاع قاعدتها عن مترين .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« لاتشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون ان يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور » .

وقد رئى تعديل هذه المادة بتحديد ارتفاع قاعدة المنور بمترين ، لان هذا التحديد اكثر انضباطا من معيار قامة الانسان المعتادة الواردة فى النص الحالى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٢٠٣ من المجلة على ما يأتى : « اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان ، فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلما وينظر الى مقر نساء ذلك الجار » . ونصت المادة ٦٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « .. فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده » .

(مادة ٨٢٢)

١ ـ اذا تضمن العقد او الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة .

٢ ـ ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمشترط ، أو للمشترط عليه ، أو للغير .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تضمن العقد او الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة .

٢ ـ ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، او للمتصرف اليه ، او للغير .

٣ ـ والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف اليه ، او الغير » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ ـ استبدلت فى الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة « للمشترط او للمشترط عليه او للغير » بعبارة « للمتصرف ، او للمتصرف اليه ، او للغير » . اذ أن مصطلحى « المتصرف » و « المتصرف اليه » قد يوحيان بأن الشرط لايرد الا فى تصرف ناقل لحق عينى . ولئن كان هذا هو الغالب ، الا انه لايتحتم ان يكون الشرط مصحوبا بنقل حق عينى . ففى عقد الوعد بالبيع ، قد يشترط الموعود له على الواعد الا يتصرف فى الشيء الموعود ببيعه أثناء المدة المتفق عليها لكى يظهر الموعود له خلالها رغبته فى الشراء . اذ ان للموعود له مصلحة مشروعة فى هذا .

٢ ـ حذفت الفقرة الثالثة من هذه المادة . وذلك حتى لا يكون هناك اى توجيه للقاضى فيما يتعلق بتقدير ما اذا كانت مدة المنع من التصرف معقولة او غير معقولة . فتكون ظروف الحالة المعروضة عليه هى وحدها التى توجه هذا التقدير .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ص ٧٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٢٨ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨١٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى جاء فى البداية والنهاية لابن رشد (ج ٢ص ١٢٣) ما يأتى : « أن يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك ؛ وهذا ينقسم الى ثلاثة اقسام : اما ان يشترط فى البيع منفعة لنفسه ، واما ان يشترط على المشترى منعا من تصرف عام او خاص ، واما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع . وهذاايضا ينقسم الى قسمين : احدهما ان يكون معنى من معانى البر ، والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع المتصرف فى أصل المبيع ، مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيره ، فذلك جائز لحديث جابر . واما ان يشترط منعا من التصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ؛ مثل ان يبيع الامة على ان لا يبيعها . واما ان معنى من معانى البر ؛ فان كان قد اشترط تعجيله جاز ، وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه . وان اشترط معنى ليس من معانى البر فان ذلك لا يجوز .... » .

انظر ايضا : المغنى لابن قدامة ج٤ص ٤٩ ــ ٥٥ . الموافقات للشاطبى ج ١ص ١٩٦ و ١٩٧ . فتح العزيز على وجيز حجة الاسلام الغزالى ج ٨ص ٢٠٤ و ٢٠٥ . محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية فقرة ١٤٦ ــ ١٥٠ .

(مادة ٨٢٣)

اذا كان شرط المنع من التصرف صحيحا ، فكل تصرف مخالف له يكون موقوفا على اجازة كل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد او الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » .

فالتصرف الذى يقع مخالفا لشرط المنع من التصرف يختلف حكمه فى النص الحالى عنه فى المادة المقترحة . فهو طبقا للنص الحالى تصرف باطل ، بينما هو طبقا للمادة المقترحة تصرف موقوف نفاذه على الاجازة . وقد روعى فى هذا التعديل ان شرط المنع من التصرف يورد قيدا على سلطات المالك ؛ اذ يتضمن تعديلا استثنائيا للنظام العادى للملكية على خلاف مقتضى العقد . ومن ثم فان هذا التعديل يجب أن تحدد أحكامه وفقا للغرض المقصود منه ، حيث يكون الأصل فى هذا الخصوص ان من يحق له اجازة التصرف المخالف او ابطاله هو الشخص الذى تقرر الشرط لمصلحته ؛ سواء كان هو المشترط أو المشترط عليه أو الغير . وفوق ذلك فان المشترط له دائما

مصلحة ادبية فى اعمال الشرط ؛ ولو كان الشرط مقررا لمصلحة المشترط عليه او الغير . فان كان الشرط مقررا لمصلحة المشترط، كان هو صاحب الحق فى اجازة التصرف المخالف للشرط او أبطاله. وان كان الشرط مقررا لمصلحة المشترط عليه ، كانت اجازة التصرف او ابطاله من حق المشترط والمشترط عليه معا ؛ فلا يكفى ان تصدر الاجازة او الابطال من أحدهما . وكذلك الحكم اذا كان الشرط مقررا لمصلحة الغير ، حيث تكون اجازة التصرف او ابطاله من حق المشترط والغير معا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٢٩ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٨٢٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٨١٦ و ٨١٧ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص والمراجع الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

الفصل الثالث
الملكيــة الشــائعة

الفرع الأول
الملكية الشــائعة بوجـه عـام

(مادة ٨٢٤)

اذا تعدد اصحاب الحق العينى على شىء ، غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع . وتكون حصصهم متساوية ، مالم يثبت غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا ملك اثنان او اكثر شيئا غير مفرزه حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية ، اذا لم يقم دليل على غير ذلك » .

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع حقيقة الشيوع بصفة عامة . فالشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد اصحاب الحق العينى . فهو لا يقتصر على الملكية ، بل يصح ان يتحقق بالنسبة الى الحقوق العينية الأخرى ، كما لو اوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، اذ يكون حق الانتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا . وانما نظم الشارع فى التقنين الحالى الملكية الشائعة فحسب لانها هى الصورة التى يتحقق فيها الشيوع عادة .

انظر المذكرة الايضاحية لنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٨ و ٧٩ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٨١٨ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١/١٠٦١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٣٠ من التقنين الاردنى .

ويتفق تعريف الشيوع فى المادة المقترحة مع التعريف الذى يقول به الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ١٠٦٠ من المجلة على ما يأتى : « شركة الملك هى كون الشىء مشتركا بين اثنين فاكثر ، اى مخصوصا بهما بسبب من اسباب التملك ، كاشتراء واتهاب وقبول وصية وتوارث ، او بخلط اموالهم او اختلاطها فى صورة لا تقبل التميز والتفريق ... » . ونصت المادة ١٠٦٧ على ما يأتى : « شركة العين الاشتراك فى المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعا فى شاة او فى قطيع غنم » .

ونصت المادة ٨٢٨ من مرشد الحيران على ما يأتى : « شركة الملك هى ان يملك اثنان فاكثر عينا او دينا بسبب من اسباب التملك». ونصت المادة ٨٢٩ على ما يأتى : « شركة الملك نوعان : شركة اختيارية وشركة جبرية . والشركة الاختيارية هى ان يملك الشريكان او الشركاء مالا بشراء او هبة او وصية او خلط لأموالهم باختيارهم . والشركة الجبرية هى ان يملك الشريكان او الشركاء مالا بارث او باختلاط المالين بلا اختيار المالكين اختلاطا لا يمكن معه تميزها حقيقة بأن كان متحدى الجنس او يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة بان كانا مختلفين جنسا » .

(مادة ٨٢٥)

تسرى النصوص التالية على الملكية الشائعة ، كما تسرى على الحقوق العينية الشائعة الأخرى ، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق او مع ما يقرره القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وعلة ورودها ان أحكام الشيوع لا يقتصر سريانها على الملكية الشائعة ، بل تسرى ايضا على الحقوق العينية الشائعة الأخرى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة الحق او مع ما ينص عليه القانون . وهذا امر مسلم به . وانما وردت احكام الشيوع فى الباب الخاص بالملكية لانها هى الصورة التى يتحقق فيها الشيوع عادة ، الأمر الذى اقتضى ان تنصرف النصوص التالية جميعها الى الملكية الشائعة . وما دام ان المادة السابقة قد تضمنت تعريفا للشيوع بصفة عامة ، فان التنوية الذى جاء فى المادة التى لحق بصددها أصبح لازما .

ولعل الاعتبار المذكور ، وهو ان الشيوع يتحقق عادة فى الملكية ، هو الذى جعل الفقه الاسلامى لا يتحدث الا عن شركة الملك : انظر المادتين ٨٢٨ ، ٨٢٩ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٠٦٠ و ١٠٦٧ من المجلة ، التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

(١) ادارة المال الشائع

(مادة ٨٢٦)

تكون ادارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين، مالم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين . مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ - اضيف الى ادارة المال الشائع التصرف فى هذا المال . اذ ان الأصل ، سواء فى ادارة المال الشائع او التصرف فيه كله ، ان يكون ذلك باجماع الشركاء . فلا يحق لأى منهم ان ينفرد بادارة المال الشائع كله او بالتصرف فيه كله .

٢ - اضيف الى جواز الاتفاق على ما يخالف هذا الأصل ان يكون هناك نص فى القانون على خلاف الأصل . وذلك مراعاة لما سيأتى فى النصوص التالية من اغلبية معينة من الشركاء يجوز لها ادارة المال الشائع او التصرف فيه .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٢٠ من التقنين الكويتى ؛ فيما عدا ان هذه الأخيرة لم تذكر الاتفاق المخالف .

وتقابل المادة ١/١٠٦٤ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٨٢٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١/١٠٣٣ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ٨٢٧ من التقنين المصرى الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٨٤ .

وتتفق المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى : فقد نصت المادة ١٠٦٩ من المجلة على ما يأتى : « كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل فى ملكه يتصرف أيضا فى الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك » . ويلاحظ أن التصرف فى هذه المادة يقصد به التصرف القانونى بمعناه العام ؛ سواء كان من أعمال الادارة او من اعمال التصرف .

(مادة ٨٢٧)

لكل شريك الحق فى استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته ، مع مراعاة حقوق سائر الشركاء .

هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وان يستولى على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » .

وقد اراد الشارع فى هذا النص أن يبرز ما للشريك فى الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة بعناصرها الثلاثة ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف . ولكن رؤى أن يأتى النص على حق الشريك فى التصرف فى حصته الشائعة بين النصوص المتعلقة بالتصرف فى المال الشائع بعد النصوص الخاصة بادارة هذا المال .

وروعى فى المادة المقترحة ان الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ، وليس على الحصة الشائعة . فكل شريك له الحق فى أن يستعمل الشيء الشائع ويستغله ، وذلك بقدر حصته ، وبشرط عدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١/١١٩٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٨١ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٨١٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢/١٠٦١ و ٣ من التقنين العراقى .

وتتفق المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ١٢ من مرشد الحيران على ما يأتى :

« اذا كانت العين مشتركة بين اثنين او اكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك » . ونصت المادة ٧٣٩ على ما يأتى : « لكل من الشركاء السكنى فى الدار المشتركة بقدر حصته » . ونصت المادة ٧٤١ على ما يأتى : « يجوز للشريك الحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك فى غيبة شريكه بوجه لا يضره بأن يكون الانتفاع مما لا يختلف باختلاف المستعمل » . ونصت المادة ٧٤٢ على ما يأتى « لا يجوز للشريك الانتفاع بالملك المشترك فى غيبة شريكه ان كان الانتفاع به يختلف باختلاف المستعمل » .

(مادة ٨٢٨)

١ - للشركاء ان يتفقوا على أن يكون استعمال الشيء الشائع أو استغلاله بمقتضى قسمة مهاياه مكانية او زمنية .

٢ - وبمقتضى قسمة المهاياة المكانية يختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، نازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين . فاذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد اذا لم يعلن أحد الشركاء الى شركائه قبل انتهائها بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد .

٣ ـ وبمقتضى قسمة المهاياة الزمنية يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع الشىء الشائع ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

اورد التقنين الحالى النصوص التى تتناول احكام قسمة المهاياه بين النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع بالقسمة ، مع ان قسمة المهاياة لا تؤدى الى انقضاء الشيوع ، وانما هى فى حقيقتها طريقة لاستعمال الشىء الشائع واستغلاله . فهى قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، حيث تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع .

لذلك رئى نقل النصوص المتعلقة بقسمة المهاياة الى موضعها الطبيعى بين النصوص المنظمة لاستعمال الشىء الشائع واستغلاله .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة مستحدثة . وهى تتفق مع الأصل المقرر فى المادة ٨٢٦ من أن ادارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين . اذ ان الاتفاق على قسمة المهاياة يجب ان يكون باجماع الشركاء . كما تتفق مع ما تقرره المادة ٨٢٧ من ان لكل شريك الحق فى استعمال الشىء الشائع واستغلاله بقدر حصته مع مراعاة حقوق سائر الشركاء .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل المادة ٨٤٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ فى قسمة المهاياة يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع . متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الاجزاء ؛ ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين . فاذا لم تشترط لها مدة ، او انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت سنة واحدة ، تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى التجديد .

٢ ـ واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك . واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهاياة » .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين الحالى المذكورة مع تعديلات لفظية .

أما الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من التقنين الحالى المذكوره ، فسيأتى ذكرها بين النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع بالقسمة .

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٤٧ من **التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :**

« تكون قسمة المهاياة أيضا بان يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية اقتضتها جعلها فقرة ثالثة فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢١٤ ـ ١٢١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٣٨ ـ ١٤٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٧٨ من التقنين العراقى ، وتقابل المادة ١٠٨٠ من هذا التقنين بالنسبة الى المنقول .

وتتفق فى الجملة مع المادتين ٨٤٣ ، ٨٤٤ من التقنين الكويتى . وتقابل المادتين ١٠٥٤ و ١٠٥٥ من التقنين الأردنى .

والأساس الذى تقوم عليه احكام المادة المقترحة يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ١١٧٤ من المجلة على ما يأتى : « المهاياة عبارة عن قسمة المنافع » . ونصت المادة ١١٧٦ على ما يأتى : « المهاياة نوعان : النوع الأول المهاياة زمانا ، كما لو تهايا اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما هذا سنة والآخر سنة أخرى أو على سكنى الدار بالمناوبة هذا سنة والآخر سنة . النوع الثانى المهاياة مكانا ، كما لو تهايا اثنان فى الأراضى المشتركة بينهما على ان يزرع احدهما نصفها والآخر نصفها الآخر او فى الدار المشتركة على أن يسكن احدهما فى طرفها والآخر فى الطرف الآخر .... » . ونصت المادة ١١٧٨ على ما يأتى : « المهاياة زمانا نوع مبادلة ، فتكون منفعة احد أصحاب الحصص فى نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر فى نوبته . بناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها فى المهاياة مثلا كذا يوما أو كذا شهرا لازم » . ونصت المادة ١١٧٩ على ما يأتى : « المهاياة مكانا نوع افراز . فالشريكان فى دار مثلا منفعتها شائعة يعنى حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهاياة تجمع منفعة احدهما فى قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر فى قطعة أخرى فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها فى المهاياة مكانا » .

(مادة ٨٢٩)

١ ـ للشركاء أن يتفقوا ، أثناء اجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهاياه بينهم حتى تتم القسمة النهائية .

٢ ـ فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة ، جاز للمحكمة بناء على طلب احد الشركاء أن تامر بها . ولها الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ للشركاء ان يتفقوا ، اثناء اجراءات القسمة النهائية ، على ان يقسم المال الشائع مهاياة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

٢ ـ فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك احد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢١٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص١٣٩و١٤٠ والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٥٧ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٨٤٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١١٨٢ من المجلة على ما يأتى : « اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهاياة فتقبل دعوى القسمة ، ولو لم يطلب القسمة احدهما وطلب المهاياة واحد وامتنع الآخر يجبر على المهاياة » . ونصت المادة ١١٨٣ على ما يأتى : « اذا طلب المهاياه احد الشريكين فى العين المشتركة التى لا تقبل القسمة وامتنع الآخر فيجبر على المهاياة » .

(مادة ٨٣٠)

تخضع قسمة المهاياة ، من حيث اهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ومن حيث الاحتجاج بها على الغير ، لاحكام عقد الايجار ، ما لم تتعارض هذه الاحكام مع طبيعة هذه القسمة .

هذه المادة تقابل المادة ٨٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تخضع قسمة المهاياة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث اهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات، لاحكام عقد الايجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما حذف منها ما يفيد خضوع قسمة المهاياة لقواعد اثبات عقد الايجار ، لان اثبات عقد الايجار تسرى عليه القواعد العامة فى الاثبات .

ويلاحظ ان خضوع قسمة المهاياة لأحكام عقد الايجار ملحوظ فيه تكييف المهاياة بانها ايجار . ففى المهاياه المكانية ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة هذا الجزء ، فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفى المهاياة الزمنية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله فيحصل الشريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى منفعة المال الشائع ، فى مقابل حصول شركائه على نصيبه هو فى منفعة هذا المال . فالمهاياة بنوعيها مقايضة انتفاع بانتفاع ، وتعتبر هذه المقايضة ايجارا ، اذ ليس من الضرورى ان تكون الأجرة نقودا .

وهذا المعنى ملحوظ كذلك فى قواعد الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١١٧٨ من المجلة على ما يأتى : « المهاياة زمانا نوع مبادلة ، فتكون منفعة احد اصحاب الحصص فى نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر فى نوبته . بناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها فى المهاياة مثلا كذا يوما او كذا شهرا لازم » . ونصت المادة ١١٧٩ على ما يأتى : « المهاياة مكانا نوع افراز . فالشريكان فى دار مثلا منفعتها شائعة يعنى حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها . فالمهاياة تجمع منفعة احدهما فى قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر فى قطعة اخرى ، فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها فى المهاياة مكانا » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٤٦ من التقنين الكويتى .
وتتفق مع المادة ١٠٧٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٥٦ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٨٤٨ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٨٣١)

١ ــ لأغلبية الشركاء ، على اساس قيمة الحصص ، ان تقوم باعمال الادارة المعتادة . ولها ان تعين مديرا من الشركاء او من غيرهم . كما ان لها ان تضع نظاما للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع . ويسرى ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما او خاصا .

٢ ــ فاذا لم تتوفر الاغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة او المصلحة ، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

٣ ــ واذا تولى احد الشركاء عملا من اعمال الادارة المعتادة ولم تعترض عليه اغلبية الشركاء فى وقت مناسب ، اعتبر فيما قام به نائبا عن جميع الشركاء .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ ما يستقر عليه رأى اغلبية الشركاء فى اعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على اساس قيمة الأنصباء . فان لم تكن ثمة اغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

٢ ــ وللأغلبية ايضا ان تختار مديرا ، كما ان لها ان تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء اكان الخلف عاما ام كان خاصا .

٣ ــ واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ــ ادخلت تعديلات لفظية ، كما ادخلت تعديلات فى ترتيب الأحكام ، مراعاة للدقة فى التعبير وفى الصياغة .

٢ ــ وسعت سلطة المحكمة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة عند عدم توفر الأغلبية ، بحيث لا تقتصر هذه السلطة

على اتخاذ التدابير التى تقتضيها الضرورة ، بل تشمل كذلك التدابير التى تقتضيها المصلحة .

٣ ـ عدل حكم الفقرة الثالثة ، بحيث يكفى عدم اعتراض أغلبية الشركاء فى وقت مناسب ، اتساقا مع حكم الفقرة الأولى . فاذا لم يعترض باقى الشركاء جميعهم ، اعتبر الشريك الذى قام بالادارة وكيلا . واذا لم تعترض أغلبية الشركاء ، اعتبر هذا الشريك نائبا بحكم النص حتى عن الأقلية التى اعترضت .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٨٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المواد ٨٢١ و ٨٢٢ و ٨٢٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢/١٠٦٤ و ٣ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨٢٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٢/١٠٣٣ و ١٠٣٤ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ١٠٧١ من المجلة على ما يأتى :

« يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقلا فى الملك المشترك بإذن الآخر ، لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك » . ونصت المادة ١٠٧٣ على ما يأتى : « الأموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم . فاذا شرط أحد الشريكين فى الحيوان المشترك شيئا زائدا على حصته من لبن ذلك الحيوان ونتاجه فلا يصح » . ونصت المادة ١٠٧٥ على ما يأتى : « كل واحد من الشركاء فى شركة الملك أجنبى فى حصة الآخر ، ليس واحد وكيلا عن الآخر ، فلا يجوز تصرف أحدهما فى حصة الآخر بدون اذنه » . ونصت المادة ١٠٧٧ على ما يأتى : « أحد الشريكين اذا أجر لآخر المال المشترك وقبض الأجرة يعطى الآخر حصته منها » . ونصت المادة ١٠٧٩ على ما يأتى « انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب بعد رضى من الغائب » . ويلاحظ أن التصرف فى هذه المواد يقصد به التصرف القانونى بمعناه العام ، فهو يتصرف هنا الى أعمال الادارة .

(مادة ٨٣٢)

١ ـ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يجاوز الادارة المعتادة ، على أن يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة امام المحكمة خلال ستين يوما من وقت الاخطار .

٢ ـ وللمحكمة ، اذا وافقت على قرار الأغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص ان تامر باعطاء المخالف من الشركاء تامينا يضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان .

٢ ـ وللمحكمة عند الرجوع اليها ، اذا وافقت على قرار تلك الاغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص ان تامر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ ادخلت على الفقرة الاولى تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ ـ استبدلت فى الفقرة الاولى عبارة « على ان يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول » بعبارة « على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » . وقد جعل اخطار الاقلية بقرار الاغلبية على هذا النحو لتلافى صعوبة الاثبات حين يتم الاخطار بكتاب غير مسجل او يكون شفويا . فالنص الحالى لم يعين طريقة خاصة للاعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح ان يكون شفويا . اما بمقتضى النص المقترح ، اذا لم يتم الاخطار على يد محضر، وجب أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٣ ـ استبدلت فى الفقرة الاولى عبارة « خلال ستين يوما من وقت الاخطار » بعبارة « خلال شهرين من وقت الاعلان » .

٤ ـ استبدلت فى الفقرة الثانية كلمة « تامينا » بكلمة « كفالة » . وذلك توخيا للدقة فى التعبير .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٨٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٣٥ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٨٢٤ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها تحت المادة السابقة : المواد ١٠٧١ و ١٠٧٣ و ١٠٧٥ و ١٠٧٧ و ١٠٧٩ من المجلة .

(مادة ٨٣٣)

١ ـ لكل شريك الحق فى المطالبة بازالة ما اقامه أحد الشركاء من منشآت على الشيء الشائع ، وذلك خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامتها .

٢ ـ وللشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ان يقرروا بقاء هذه المنشآت مقابل مساهمة جميع الشركاء فى نفقاتها بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع ، على ان يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول . ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يوما من وقت الاخطار . وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا .

هذه المادة مستحدثة . وهى تقرر حكما يأخذ به جمهور الفقهاء .

فهى تتناول حكم المنشآت التى يقيمها أحد الشركاء على الشيء الشائع . حيث يعتبر ذلك من اعمال الادارة غير المعتادة . ومن ثم فان هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء اصحاب ثلاثة ارباع المال الشائع . فاذا اقيمت هذه المنشآت دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة ، جاز لأى شريك أن يطلب ازالتها مع تعويض سائر الشركاء عما عسى أن تكون هذه المنشآت قد الحقت بالشيء الشائع من ضرر . أما اذا وافقت الأغلبية المقررة على المنشآت قبل اقامتها أو اقرتها بعد اقامتها : فان جميع الشركاء يسهمون فى نفقات المنشآت بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع ؛ اذ لا يعتبر الشريك مقيما للمنشآت فى ملك الغير . وتصبح المنشآت ملكا شائعا بين الشركاء جميعا . انما يجب على الشركاء اصحاب هذه الأغلبية أن يخطروا باقى الشركاء بقرارهم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول . ولاقلية الشركاء حق المعارضة امام المحكمة خلال ستين يوما من وقت الاخطار . وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ١٠٧١ من المجلة على ماياتى : « يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقبلا فى الملك المشترك باذن الآخر ؛ لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك » .

(مادة ٨٣٤)

لكل شريك فى الشيوع حق القيام باعمال الحفظ ، دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء ، ويعتبر فى قيامه بهذه الأعمال نائبا عن الباقين .

هذه المادة تقابل المادة ٨٣٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لكل شريك فى الشيوع الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء . ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « حق القيام باعمال الحفظ » بعبارة « الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء » ؛ اذ ان تعبير « أعمال الحفظ » أدق من تعبير « الوسائل اللازمة لحفظ الشيء » الذى تضمنته المادة الحالية .

٢ ـ استبدلت عبارة « دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء » بعبارة « ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء » .

٣ ـ اضيف الى النص ما يفيد اعتبار الشريك فى قيامه بأعمال الحفظ نائبا عن الباقين . والنيابة هنا نيابة قانونية ، ومن ثم فانها تتسع سواء للتصرفات القانونية أو للأعمال المادية .

قارن ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٩٥ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٣٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨٢٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ١٣٠٩ من المجلة على ما يأتى : « اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك باذن الآخر وصرف من ماله قدرا معروفا فله الرجوع بحصة شريكه يعنى يأخذ من شريكه مقدار ما اصاب حصته من المصرف » . ونصت المادة ١٣١٠ على ما يأتى : « اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب واراد الآخر التعمير فانه يستاذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائما مقام اذن الغائب صاحب الحصة .. » . ونصت المادة ١٣١١ على ما يأتى : « اذا عمر شخص الملك المشترك بدون اذن من الشريك أو من الحاكم فيكون متبرعا .. » . ونصت المادة ١٣١٢ على ماياتى : « اذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعا وعمره بدون اذن فيكون متبرعا .. » ونصت المادة ١٣١٣ على ما يأتى : « الملك المشترك الذى هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام اذا احتاج الى العمارة وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيصرف عليه قدرا معروفا باذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية دينا له عليه .. » .

انظر أيضا فى هذا المعنى المواد ٧٤٨ ـ ٧٥١ من مرشد الحيران .

(مادة ٨٣٥)

يتحمل جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٣١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما أضيفت فى العبارة الأخيرة منها كلمة «اتفاق» . اذ أن ما يخالف القاعدة المذكورة فى المادة قد يكون بمقتضى اتفاق او نص .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٩ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٩٥ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٦٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٣٧ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٨٢٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٣٠٨ من المجلة على ما يأتى : « الملك المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم يعمره أصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم » . ونصت المادة ٧٤٧ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا احتاج الملك المشترك الى مرمة أو عمارة يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم » .

(٢) التصرف فى المال الشائع :

(مادة ٨٣٦)

للشركاء مجتمعين حق التصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه . ويبقى هذا التصرف نافذا ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة المال الشائع فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته .

هذه المادة مستحدثة . وهى تطبيق للاصل الذى نصت عليه المادة ٨٢٦ من المشروع .

ويعتبر تطبيقا لها ما نصت عليه المادة ١٠٣٩/١ من التقنين الحالى التى تقول : « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته » .

فاذا اجتمع الشركاء على التصرف فى المال الشائع ، فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحا ونافذا بالنسبة اليهم جميعا . وذلك سواء كان التصرف بنقل ملكية المال الشائع كله او جزء مفرز منه او كان بتقرير حق عينى آخر عليه كله او على جزء مفرز منه ، وسواء كان الحق الذى اتفق الشركاء على تقريره للغير حقا عينيا اصليا او حقا عينيا تبعيا .

فاذا وقعت القسمة ، وكان التصرف الصادر من جميع الشركاء تصرفا ناقلا للملكية ، خرج الجزء الذى حصل التصرف فيه من نطاق القسمة ، لان هذا الجزء لم يعد مملوكا للشركاء . فاذا كان المال الشائع ارضا مشتركة بين اثنين وباعها الشريكان معا ، فان هذا البيع اذا سجل ينقل ملكية الأرض الى المشترى ، ولا يكون لقسمة الاموال الشائعة الأخرى بين الشريكين اثر فى ذلك .

كذلك اذا كان التصرف الصادر من جميع الشركاء مرتبا للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق انتفاع أو حق رهن ، فان هذا الحق يبقى نافذا بالنسبة الى الشركاء جميعا . فاذا كان المال الشائع ارضا ودارا مشتركين بين اثنين ، ورهن الشريكان معا الأرض الشائعة ، واقتسما بعد ذلك الأرض والدار ، فوقعت الارض فى نصيب احدهما ، فانها تبقى مثقلة بالرهن . واذا كان المال الشائع ارضا مشتركة بين اثنين بالتساوى ، ورهن الشريكان معا جزءا مفرزا يعادل نصفها ، واقتسما بعد ذلك الارض ، فوقع الجزء المفرز المرهون فى نصيب احدهما ، فان هذا الجزء يبقى ايضا مثقلا بالرهن .

وهذا كله تطبيقا للاصل الذى ذكره فى المادة ٨٢٦ من المشروع . فالتصرف الذى يصدر من جميع الشركاء انما يصدر ممن يملكون ابرامه ، وليس من المعقول أن يتأثر مثل هذا التصرف بما تسفر عنه القسمة من نتائج ، لانه لايتضمن مساسا بحق اى شريك . ولا وجه لان نفرق فى الحكم بين تصرف ناقل للملكية وتصرف منشىء لحق عينى آخر كما يرى البعض . ما دام أن الشركاء جميعا قد ارتضوا هذا التصرف .

وتتفق حكم المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامي . فقد نصت المـادة ١٠٦٩ من المجلة على ما يأتى : « كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل فى ملكه يتصرف أيضا فى الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلـك » .

(مادة ٨٣٧)

١ ــ الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المـال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى اسباب قوية ، على ان يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول . ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يوما من وقت الاخطـار .

٢ ــ وللمحكمة ان تامر بقسمة المـال الشائع عينا اذا طلب ذلك أحـد الشركاء وتبين لهـا أن القسمة لا تضر بمصـالح الشـركاء . فاذا تبين لها ان القسمة ضارة بمصالح هؤلاء ، كان لها أن تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا .

هذه المـادة تقابل المـادة ٨٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المـال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى اسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هـؤلاء حـق الرجـوع الى المحكمة خلال شـهرين من وقت الاعـلان . وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المـال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

انظر المـادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٢٠٠) ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٩٥ .

وقد أدخلت على هذه المـادة التعديلات الآتية :

١ ــ أدخلت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المـادة المقترحة .

٢ ــ استبدلت عبارة « على أن يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول » بعبارة « على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » . وقد جعل اخطار الأقليـة بقرار الأغلبية على هذا النحو لتلافى صعوبة الاثبات حين يتم الاخطار بكتاب غير مسجل أو يكون شفويا . فالنص الحالى لم يعين طريقة خاصة للأعـلان ، فيصبح ان يكون على يد محضر ، كما يصح ان يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح ان يكون شفويا . أما بمقتضى النص المقترح ، فاذا لم يتم الاخطار على يد محضر ، وجب ان يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصـول .

٣ ــ اسـتبدلت عبارة « خلال سـتين يوما من وقـت الاخطار » بعبارة « خلال شهرين من وقت الاعلان » .

٤ ــ افردت فقرة ثانية لبيان سلطة المحكمة فى هذا الخصوص . وهذه السلطة محل خلاف فى الفقه نتيجة للاختلاف فى فهم مدلول النص . حيث ذهب فريق الى أن للمحكمة أن تأمر بالقسـمة العينية اذا رأت أنها لا تضر بمصالح الشركاء ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها احد من الشركاء . بينما ذهب فريق آخر الى أن المحكمة لاتقضى من تلقـاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب ان يطلب القسمة أحد الشركـاء .

ولهذا صيغت هذه الفقرة على نحو من الوضوح بحيث لايترك مجالا لمثل هـذا الخلاف .

فبمقتضى المـادة المقترحة تكون سلطة المحكمة رهينة بالموقف الذى تتخـذه الاقليـة .

فاذا طلبت الاقلية الغاء القرار الذى اتخذته الاغلبية ، ولم تطلب القسمة ، انحصر عمل المحكمة فى تقدير ما اذا كان التصرف يستند الى اسباب قوية تبرره . فيكون للمحكمة تبعا للظروف أن تلغى قرار الاغلبية أو تقرها على رأيها .

أما اذا طلبت الاقلية القسمة ، فان المحكمة تنظر أولا فيما اذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة . فاذا قدرت أن القسمة لاتضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة . واذا تبينت ان القســمة تضر بمصلحة الشركاء ، كان عليها أن تنظر فيما اذا كانت هناك اسباب قوية تدعو الى التصرف . فاذا قدرت ان التصرف واجب وافقت على قرار الاغلبية ، واذا لم تجده كذلك أمرت بالغاء القرار ، ولا يكـون التصرف ممكنا بعد ذلك الا باجماع الشركاء .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٨٢٧ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى لا يجوز للاغلبية ، مهما بلغت ، التصرف فى المال الشائع . فقد نصت المـادة ١٠٧٥ من المجلة على ما يأتى : « كل واحد من الشركاء فى شركة الملك اجنبى فى حصة الآخر ، ليس واحد وكيلا عن الآخر . فلا يجوز تصرف احدهما فى حصة الآخر بدون اذنه . . . » .

ونصت المادة ٦٢٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : « كل واحد من الشركاء كالاجنبى فى الامتناع عن تصرف مضر فى حصة شريكه . فليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بأى وجه كان من غير رضاه ولا أن يجبر شريكه على بيع حصته له أو لغيره » .

(مادة ٨٣٨)

١ ـ للشريك الحق فى التصرف فى حصته الشائعة .

٢ ـ واذا انصب تصرف الشريك على جزء مفرز من المال الشائع ، كان تصرفه موقوفا على اجازة الشركاء الاخرين . وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل ان المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى طلب ابطال التصرف .

هذه المادة تقابل المادة ٨٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله ان يتصرف فيها وان يستولى على ثمارها وان يستعملها بحيث لايلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

٢ ـ واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . والمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٩٤) ومذكرتها الايضاحية والمراحل التى مرت بها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٨٠ ـ ٨٢ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع ما جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ من التقنين الحالى ، حيث تنص هذه الاخيرة على ان للشريك ان يتصرف فى حصته الشائعة .

وفى الفقرة الثانية من المادة المقترحة أخذ المشروع بحكم يخالف ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين الحالى .

فاذا تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فانه يكون قد تصرف فيما يملك وما لا يملك . وهذا هو الذى يتفق مع القواعد العامة فى الشيوع ، لان حق الشريك لايتركز فى الجزء المعين الذى تصرف فيه ، وانما ترد على هذا الجزء ايضا حقوق الشركاء الآخرين ، فيكون الشريك قد تصرف فى ملك غيره بقدر ما لهؤلاء الشركاء من حقوق فى هذا الجزء . وبذلك ينطوى تصرف الشريك على تصرف فى ملك الغير ، فيكون موقوفا على اجازة الشركاء الآخرين ، فاذا أجازوه صار نافذا ، واذا نقضوه بطل . ويجوز للمتصرف اليه ، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم ، ان يطلب ابطال التصرف على أساس الغلط اذا كان يجهل ان المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة .

واذا اجريت القسمة ، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم ، فوقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، صار التصرف نافذا واستقر الأمر للمتصرف اليه .

اما اذا لم يقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب الشريك المتصرف ، فان التصرف يصير موقوفا على اجازة الشريك الذى وقع هذا الجزء فى نصيبه . ويجوز للمتصرف اليه فى هذه الحالة ايضا ان يطلب ابطال التصرف على اساس الغلط اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة . كما يجوز له ان يطلب فسخ التصرف على أساس ان المتصرف لم يف بالتزامه . وهذه الاحكام تصدق على كل تصرف يبرمه الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، سواء كان هذا التصرف ناقلا للملكية كالبيع والهبة او مرتبا لحق عينى غير الملكية كحق الانتفاع ، وذلك فيما عدا الرهن فله حكم آخر .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٢/١٠٦١ و ٢/١٠٦٢ من التقنين العراقى ، وهذه الاخيرة تطابق المادة ٢/١١٩٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٨٢٩ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٢/١١٩٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

ويتفق حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٢١٤ من المجلة على ما يأتى : « بيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الافراز صحيح » . ونصت المادة ٢١٥ على ما يأتى : « يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون اذن الشريك » .

ونصت المادة ١٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا كانت العين مشتركة بين اثنين او اكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفا لايضر بالشريك ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك » . ونصت المادة ٧٣٢ على ما يأتى : « لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف شاء بدون اذن شريكه بجميع التصرفات التى لا يترتب عليها

ضرر لشريكه . فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا اذن الا فى صورة الخلط أو الاختلاط فانه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا اذنه وليس له ان يتصرف فى حصته تصرفا مضرا بدون اذن شريكه » . ونصت المادة ٧٣٤ على ما ياتى : « يجوز لأحد الشريكين بيع حصته مشاعة من العقار المشترك وغيرة لشريكه ولغير شريكه بلا اذنه ، ما لم يترتب على ذلك ضرر للشريك » .

وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٠٧١ من المجلة على ما ياتى : « يجوز لاحد اصحاب الحصص التصرف مستقلا فى الملك المشترك باذن الآخر ؛ لكن لايجوز له ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك » .

ونصت المادة ٧٣٣ من مرشد الحيران على ما ياتى : « كل واحد من الشركاء كالاجنبى فى الامتناع عن تصرف مضر فى حصة شريكه ؛ فليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا باى وجه كان من غير رضاه ولا ان يجبر شريكه على بيع حصته له أو لغيره» . ونصت المادة ٧٣٥ على ما ياتى : « بيع مافيه ضرر على الشريك غير جائز ... » .

(٣) قسمة المال الشائع

(مادة ٨٣٩)

١ ـ لكل شريك ان يطلب قسمة المال الشائع ، ما لم يكن ملزما بالبقاء فى الشيوع بمقتضى نص او شرط . ولا يجوز بمقتضى الشرط الالزام بالبقاء فى الشيوع الى اجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الشرط فى حق الشريك ومن يخلفه .

٢ ـ ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب احد الشركاء ، ان تامر باستمرار الشيوع الى اجل تحدده او بالاستمرار فيه الى اجل لاحق للاجل المشروط ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضاره بمصالح الشركاء ، كما لها ان تامر بالقسمة قبل انقضاء الاجل المشروط اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ٨٣٤ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « لكل شريك ان يطالب **بقسمة المال الشائع** ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص او اتفاق . ولايجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين . فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » .

وقد ادخلت على هذا النص تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما استبدلت كلمة « الشرط » بكلمة « الاتفاق » وذلك لكى يشمل الحكم الاتفاق والوصية . اذ ان الزام الشريك بالبقاء فى الشيوع الى اجل معين ، قد يكون بمقتضى شرط يتفق عليه او بمقتضى شرط يرد فى وصية . وقد وردت كلمة « الشرط » فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٢ / ١) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب احد الشركاء ، **ان تامر باستمرار** الشيوع ، حتى الى ما بعد الاجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها ان تامر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب اقوى يبرر ذلك » .

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ ـ ادخلت عليه تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ ـ عدل حكمه بحيث يتفق مع حكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة ، وذلك فيما يتعلق بشرط البقاء فى الشيوع سواء ورد الشرط فى اتفاق او فى وصية .

٣ ـ نص فيه على ان يكون الحكم باستمرار الشيوع الى اجل يحدده القاضى .

وهذا التعديل هام ، حرص المشروع فيه على ضبط حدود السلطة المخولة للقاضى فى هذا الصدد ، وذلك لضمان التوازن بين مصلحة الشركاء من جهة ومصلحة الشريك طالب القسمة من جهة اخرى .

فمقتضى الفقرة الثانية من المادة المقترحة يستطيع القاضى : بناء على طلب احد الشركاء ، ان يأمر باستمرار القسمة ، سواء كان هناك أجل مشروط للبقاء فى الشيوع او لم يكن هناك اجل ؛ وذلك حفاظا على مصالح الشركاء **اذا** تبين له ان القسمة ضارة بمصالحهم . كما أن له من ناحية اخرى ان يأمر بالقسمة قبل انقضاء الاجل المشروط حفاظا على مصلحة الشريك طالب القسمة اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .

غير ان السلطة المخولة للقاضى فى الامر باستمرار القسمة فى الحالتين المذكورتين لها حدودهامراعاة لمصلحة الشريك طالب القسمة حيث يتعين ان يحدد القاضى اجلا للاستمرار فى البقاء فى الشيوع . وذلك لكى يكون طالب القسمة على بينة من الفترة الزمنية التى يمتنع عليه طلب **القسمة خلالها ، الامر الذى يكفل الاستقرار فى المعاملات .**

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٣٠ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ١٠٧٠ من التقنين العراقى.

بل ان هذه الاحكام **تتفق مع المبادىء العامة التى تحكم الشيوع** فى وليس فى **احكام الفقه الاسلامى ما ينافى احكام المادة المقترحة** .

هـذا الفقه . اذ هى احكام يراد بها أن يكون استغلال المال على الوجه الامثل ، وهو ما يتحقق بثبوت حق طلب القسمة للشريك انها للشيوع، اذ لاشك فى أن استقلال الفرد باستغلال ملكه يرجع على الاستغلال الجماعى للشركاء ويكون حافزا قويا على العمل المنتج . كما يراد بها من ناحية أخرى المحافظة على مصالح الشركاء .

(مادة ٨٤٠)

للشركاء أن يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم غائب او من لم تتوافر فيه الاهلية ، وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ٨٣٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدلت تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ ـ اضيف الغائب فيما يتعلق بالقيد الوارد على القاعدة المقررة فى صدر المادة من حيث وجوب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون . اذ ان هذه الاجراءات ، وهى تلك التى يفرضها قانون الولاية على المال عند قسمة مال من لاتتوافر فيه الأهلية ، يجب أن تراعى ايضا عند قسمة مال الغائب .

٣ ـ استبدلت عبارة « من لا تتوافر فيه الأهلية » بعبارة « من هو ناقص الأهلية » ، لان العبارة الاولى ادق حيث تشمل عديم الاهلية وناقص الاهلية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/١٠٧١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١/١٠٤١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٨٣١ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١١٢١ من المجلة على ما ياتى : « قسمة الرضى هى القسمة التى تجرى بين المتقاسمين فى الملك المشترك بالتراضى أو برضى الكل عند القاضى» . ونصت المادة ١١٢٨ على ما ياتى : « يشترط فى قسمة التراضى رضى كل واحد من المتقاسمين . بناء عليه اذا غاب احدهم فلا تصح قسمة الرضى . واذا كان فى جملتهم صغير فوليه أو وصيه قائم مقامه . وان لم يكن للصغير ولى ولا وصى ، كان موقوفا على امر الحاكم ؛ فينصب وصى من طرف الحاكم وتعتبر القسمة بمعرفته » .

(مادة ٨٤١)

١ ـ اذا تمت القسمة ولحق احد المتقاسمين منها غبن يزيد على الخمس ، كان عقد القسمة موقوفا على اجازته . وتكون العبرة فى تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة .

٢ ـ ولا تسمع دعوى ابطال القسمة بعد مضى سنة من وقت القسمة .

٣ ـ وللمدعى عليه أن يتفادى الابطال اذا اكمل المدعى نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه .

هذه المادة تقابل المادة ٨٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة .

٢ ـ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه ان يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ، اذا اكمل للمدعى نقدا او عينا ما نقص من حصته » .

وبمقتضى الفقرة الأولى من المادة المقترحة يكون عقد القسمة موقوفا على اجازة المتقاسم الذى لحقه من القسمة غبن يزيد على خمس نصيبه . ويكون تقدير الغبن بحسب قيمة المقسوم وقت القسمة . فاذا تحقق الغبن بهذا القدر ، كان للمتقاسم المغبون الحق فى أن يطلب ابطال القسمة التى تمت واجراء القسمة من جديد . وتكون مدة دعوى الأبطال هذه سنة من وقت القسمة ، فبعد مضى هذه السنة لا تسمع الدعوى . وللمدعى عليه أن يحول دون ابطال القسمة اذا اكمل للمدعى نقدا او عينا مانقص من نصيبه ، فليس يكفى أن يقدم مايكمل اربعة أخماس هذا النصيب .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٣٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ١٠٥٠ و ١٠٥١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٠٧٧ من التقنين العراقى .

وتتفق أحكام المادة المقترحة فى المجلة مع أحكام الفقه الاسلامى فقد نصت المادة ١١٢٧ من المجلة على ما ياتى : « كون القسمة عادلة يعنى تعديل الحصص بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشا لازم . فدعوى الغبن الفاحش فى القسمة تسمع . لكن بعد أقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق اذا ادعوا الغبن لا تسمع دعواهم » . ونصت المادة ١١٦٠ على ما ياتى : « اذا تبين الغبن الفاحش فى القسمة فتفسخ وتقسم تكرارا قسمة عادلة » . والغبن الفاحش غبن

على قدر نصف العشر فى العروض ، والعشر فى الحيوانات ، والخمس فى العقارات او زيادة (م ١٦٥ من المجلة) .

وماتقضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة من عدم سماع الدعوى بعد مضى سنة من وقت القسمة لوحظ فيه قاعدة تخصيص القضاء والمنع من سماع الدعوى رعاية للمصلحة كما هو مقتضى المادتين المذكورتين

(مادة ٨٤٢)

١ ـ اذا لم يجمع الشركاء على القسمة ، كان لأى شريك أن يرفع دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية .

٢ ـ وللمحكمة ان تندب خبيرا او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية .

٢ ـ وتندب المحكمة ، ان رات وجها لذلك ، خبيرا او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص١١٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٣٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المواد ١٠٤٠ و ١٠٤٢ و ١٠٤٣ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٧٢ من التقنين العراقى .

وتتفق المادة المقترحة مع احكام الفقة الاسلامى . فقد نصت المادة ١١٢٢ من المجلة على ما ياتى : « قسمة القضاء هى تقسيم القاضى الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم » . ونصت المادة ١١٢٩ على ما ياتى : « الطلب فى قسمة القضاء شرط ، فلا تصح القسمة جبرا من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص » . ونصت المادة ١١٣٠ على ما ياتى : « اذا طلب احد أصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر ، فان كان المال المشترك قابلا للقسمة بقسمة الحاكم جبرا والا فلا يقسمه » . ونصت المادة ١١٣١ على ما ياتى : « قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة » .

(مادة ٨٤٣)

١ ـ تكون الانصبة على اساس اصغر حصة ، ولو كانت القسمة جزئية . فاذا تعذرت القسمة على هذا الأساس ، أو اتفق الشركاء جميعا على التجنيب ، وجب ان يجنب لكل شريك نصيبه .

٢ ـ واذا تعذر ان يختص احد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه يدفعه من حصل على نصيب أكبر من حصته .

هذه المادة تقابل المادة ٨٣٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

١ ـ يكون الخبير الحصص على اساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير ان يجنب لكل شريك حصته .

٢ ـ واذا تعذر ان يختص احد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية من شأنها توضيح الحكم . كما أضيف فى الفقرة الاولى الى الحالة التى يتم فيها التجنيب عند تعذر القسمة على اساس أصغر حصة حالة اخرى هى ان يتفق الشركاء جميعا على التجنيب ، اذ فى كلتى هاتين الحالتين يجرى التجنيب .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٥) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ص١١٩ و ١٢٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٣٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٧٢ /٢ و ٣ و ٤ من التقنين العراقى .

ويسهب الفقه الاسلامى فى بيان طريقة القسمة القضائية . حيث يفرق بين قسمة الجمع وقسمة التفريق . فقسمة الجمع تجرى فى الاعيان المشتركة المتحدة الجنس (م ١١٣٢ مجلة) ، سواء كانت من المثليات كالحنطة او سبيكة من الذهب او قطعة من الحديد (م ١١٣٣ مجلة) أو القيميات كمائة شاه أو مائة جمل أو مائة بقرة (م ١١٣٤ مجلة) ، فان اختلفت فى الجنس فلا تجوز القسمة القضائية وانما يجوز القسمة بالتراضى (م ١١٣٥ مجلة) . وقسمة التفريق تجرى فى العين المشتركة اذا لم يكن تبعيضها مضرا باحد الشركاء بمعنى الا تفوت المنفعة المقصودة منها كتقسيم قطعة ارض او تقسيم دار الى دارين (م ١١٣٩ مجلة) ، أو كان تبعيضها مضرا باحد الشركاء ولكن حصته فيها قليلة (م ١١٤٠) ، اما اذا كان تبعيضها مضرا بكل الشركاء كالطاحونة والحمام والبئر والحائط بين الدارين والحيوان فلا تجوز القسمة القضائية وانما تجوز القسمة بالتراضى (م ١١٤١ مجلة) .

كذلك يجيز الفقه الاسلامى القسمة بمعدل . فقد نصت المادة ١١٤٩ من المجلة على ما يأتى : « اذا كان فى تقسيم الدار ابنية احدى الحصتين اغلى ثمنا من الحصة الأخرى ، فان أمكن تعديلها باعطاء مقدار من العرصة فيها والا فتعدل بالنقود » .

(مادة ٨٤٤)

١ - تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الانصبة، وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها .

٢ - فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية ، وان تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات .

هذه المادة تطابق المادة ٨٣٨ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٠٢٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص١٢٠.

وما تعرض له المادة المقترحة من قواعد تتعلق باختصاص القضاء يقابل ما تردده النصوص الشرعية عن اختصاص الحاكم باجراء القسمة . وقد نصت المادة ١١٢٩ من المجلة على أن « الطلب فى قسمة القضاء شرط ، فلا تصح القسمة جبرا من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص » . أنظر كذلك المواد ١١٣٠ - ١١٣٢ و ١١٣٥ و ١١٣٩ و ١١٤٠ و ١١٤١ من المجلة .

(مادة ٨٤٥)

متى انتهى الفصل فى المنازعات التى أثيرت فيما بين الشركاء، فان كانت الانصبة قد عينت بطريق التجنيب اصدرت المحكمة حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وان كانت قد عينت على اساس اصغر حصة تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، اصدرت المحكمة الجزئية حكمها باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه .

٢ - فان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها ، وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما جمعت فقرتيها فى فقرة واحدة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٣٥ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر القواعد التى تقدم ذكرها تحت المادة ٨٤٣ من المشروع (م ١١٣٢ - ١١٣٥ وم ١١٣٩ - ١١٤١ وم ١١٤٩ من المجلة) . وانظر كذلك فيما يتعلق باجراء القسمة بطريق الاقتراع : المادة ١١٥١ من المجلة .

(مادة ٨٤٦)

اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الاهلية ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتعيين الانصبة ، وذلك وفقا لما يقرره القانون .

هذه المادة تقابل المادة ٨٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا كان بين الشركاء غائب او كان بينهم من لم تتوافر فيه الاهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد ان يصبح نهائيا، وذلك وفقا لما يقرره القانون » .

وقد عدل هذا النص ، حيث استبدلت عبارة « تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتعيين الانصبة » بعبارة « تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا » ، وذلك تمشيا مع ما ينص عليه قانون الولاية على المال فى المادة ٤٠ منه .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٨) والتعديلات التى ادخلت عليها ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ ص١١٤ و ١١٥ و ١٢٠ . وانظر المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ومذكرتها الايضاحية .

واحكام المادة المقترحة تؤيدها المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية حيث تهدف الى المحافظة على مصلحة الشريك الغائب أو الذى لاتتوافر فيه الاهلية .

(مادة ٨٤٧)

١ - اذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنة ، أو كان من شانها احداث نقص كبير فى قيمته ، حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات .

٢ - وتأمر المحكمة بقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شانها احداث

نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية ، كما جعلت من فقرتين على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٠٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١١٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٤٤ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨٣٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٧٢ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١١٤١ من المجلة على ما يأتى : « لا تجرى قسمة القضاء فى العين المشتركة التى تبعيضها وقسمتها تضر بكل واحد من الشركاء . مثلا الطاحونة اذا قسمت فلا تستعمل طاحونة ، فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة ، فلا يسوغ للحكام قسمتها بطلب احد الشركاء وحده ، اما بالتراضى فتقسم . وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير والحائط بين الدارين ايضا وكل ما كان محتاجا الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرج والعربة والجبة وحجر الخاتم لا تجرى قسمة القضاء فى واحدة منها » .

انظر المواد : ١١٣٢ – ١١٣٥ و ١١٣٩ – ١١٤١ و ١١٤٩ من المجلة .

وقد تقدم ذكرها تحت المادة ٨٤٣ من المشروع .

(مادة ٨٤٨)

١ – لدائنى كل شريك ان يعارضوا فى ان تتم القسمة عينا او ان يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وذلك سواء أكانت القسمة اتفاقية ام قضائية . وتكون المعارضة بانذار على يد محضر يوجه الى جميع الشركاء . ويترتب عليها الزامهم ان يدعوا من عارض من الدائنين الى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب فى جميع الأحوال دعوة الدائنين المقيدة حقوقهم قبل ابرام القسمة او رفع الدعوى بها .

٢ – اما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين دعوا ولم يتدخلوا ان يطعنوا عليها الا فى حالة الغش .

هذه المادة تقابل المادة ٨٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لدائنى كل شريك ان يعارضوا فى ان تتم القسمة عينا ، او ان يباع المال بالمزاد ، بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة الى كل الشركاء . ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

٢ – اما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها ان يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – عدلت الفقرة الأولى بحيث يكون للدائنين ان يعارضوا فى ان تتم القسمة بغير تدخلهم ، سواء كانت القسمة اتفاقية او قضائية . اذ ان النص الحالى يؤخذ من عبارته ، كما يتضح من مذكرته الايضاحية ، ان حكمه يقتصر على القسمة القضائية ، مع انه ليس هناك ما يبرر التفرقة فى هذا الشان بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية ؛ بل ان حاجة الدائنين الى الحماية بتخويلهم حق المعارضة الزم فى القسمة الاتفاقية نظرا الى خلوها من ضمانات القسمة القضائية ، ولذلك ذهب فريق من الفقه الى ضرورة التوسع فى تفسير النص بحيث يسرى حكمه على نوعى القسمة . اما فى النص المقترح فالحكم يشمل نوعى القسمة .

٢ – جعلت المعارضة التى تصدر من الدائن بانذار على يد محضر . ولم يشترط القانون الحالى شكلا خاصا لهذه المعارضة ، فيصح فيه ان تكون المعارضة بانذار على يد محضر ، او تكون بكتاب مسجل او غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفويا ولكن الدائن يحمل عبء الاثبات . أما فى النص المقترح فيجب ان تكون المعارضة بانذار على يد محضر حسما للنزاع .

٣ – عدلت الفقرة الثانية بتحديد الدائنين الذين لم يتدخلوا فلم يبق لهم الا الطعن على القسمة فى حالة الغش ، وهم الدائنون الذين دعوا ولم يتدخلوا ، لأنهم وحدهم الذين يمكن أن ينسب اليهم التقصير .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢١٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠ .

والمادة المقترحة تتفق فى الجملة مع المادة ١٠٤٥ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨٣٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٧١/٣ من احكام التقنين العراقى .

واحكام المادة المقترحة تؤيدها المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية ، لأنها تهدف الى المحافظة على حقوق الدائنين .

(مادة ٨٤٩)

يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع . وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء ، مالم يكن الحق قد تقرر باجماع الشركاء او باغلبيتهم وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ٨٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص .

ويتبين من نص المادة ٨٤٣ هذا أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي ، بمعنى ان يعتبر الشريك مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت ان تملك فى الشيوع . وهذا النظر يخالف الحقيقة لانه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد خلالها على الشىء الشائع كله .

وقد ادى هذا الى اختلاف فى الراى حول تحديد اثر القسمة . فذهب راى الى ان القسمة كاشفة بطبيعتها وليس الاثر الرجعى لها الا افتراضا او مجازا لا تقتضيه ضرورة . وذهب راى آخر الى ان القسمة ناقلة بطبيعتها وليست كاشفة . وذهب راى ثالث الى ان للقسمة بطبيعتها اثرا مزدوجا ، كاشفا وناقلا .

وهذا الاختلاف فى الراى يقابله اختلاف فى الفكرة بحسب المراحل التاريخية لها . ففى القانون الرومانى كان للقسمة اثر ناقل . وفى الفقه الاسلامى قيل ان لها اثرا مزدوجا . وفى الفقه الحديث ظهرت فكرة الأثر الكاشف كحقيقة مستمدة من طبيعة القسمة .

والواقع ان القسمة بطبيعتها لها اثر كاشف . فحق الشريك ، وان كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة ، الا انه يرد من الناحية المادية على الشىء الشائع كله . ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بافراز جزء من الشىء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما . والقسمة اذ تحقق هذا التطابق انما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع . فهى لا تخول الشريك سندا جديدا ، وانما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة . وهى لا تخول الشريك حقا جديدا ، بل يقتصر اثرها على التغيير فى حق الشريك بحيث يتحقق ذلك التطابق .

وان فى الوقوف عند الأثر الكاشف للقسمة ما يكفى للوصول الى اهم نتيجة عملية يقصد اليها من القول بالاثر الرجعى ، وهى ان يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوع . اذ أن يقتضى الأثر الكاشف الا تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذى خاص له ، ومن ثم فلا يكون هذا المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين . هذا الى ما تؤدى اليه فكرة الأثر الرجعى من نتائج غير مقبوله . منها أن الشريك يستحق ثمار النصيب الذى اختص به فى القسمة ويتحمل تكاليفه فى فترة قيام الشيوع ، ومنها ان تقويم الانصباء عند القسمة يعتد فيه بقيمة المال وقت بدء الشيوع ، ومنها انه اذا صدر قانون جديد اثناء الشيوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة فان هذا القانون لا ينطبق ، الى غير ذلك من نتائج يتعين فيها استبعاد فكرة الأثر الرجعى .

ولا يعنى هذا تجاهلا لفكرة الأثر الناقل للقسمة . ولكن يجب اذا سلمنا بازدواج أثر القسمة ، ان نغلب احد الاثرين على الآخر . وهو ما أخذ به المشروع ، حيث غلب فكرة الأثر الكاشف ووقف عندها فى النص المقترح .

فبمقتضى النص المقترح تخلص للمتقاسم وحده ملكية النصيب المفرز الذى قسم له من كل حق رتبه غيره من الشركاء أثناء الشيوع ، سواء ورد هذا الحق على حصة شائعة او على جزء مفرز من المال الشائع .

ولا تكون القسمة هى سند ملكية المتقاسم لهذا النصيب ، وانما يكون سند هذه الملكية هو السند الاصلى للملكية الشائعة ، اى السند الذى بمقتضاه تملك الشركاء الشىء الشائع ، كارث او عقد بيع .

غير ان التصرف الذى يصدر أثناء الشيوع من الشركاء جميعا ، او من الاغلبية التى يخولها القانون حق التصرف ، تظل نافذة فى حق المتقاسم (م ٨٣٦ من المشروع) . فلو أن الشركاء رهنوا أثناء الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع ، ثم وقع هذا الجزء فى نصيب المتقاسم ، فأن الرهن يظل نافذا فى حقه ، ويجب على الشركاء مراعاة ذلك فى القسمة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٣٨ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٠٤٧ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٧٥ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨٤٣ من التقنين المصرى الحالى .

ويرى الفقه الاسلامى أن للقسمة أثرا مزدوجا ، افرازا ومبادلة ، أى كاشفا وناقلا .

فقد قال الكاسانى فى البدائع ما يأتى : « وأما بيان معنى القسمة ... فهى .... عبارة عن افراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض .. فاذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلابد ان يجتمع فى نصيب كل واحد منهما اجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض اجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالتراضى او بطلبها من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمة فى حق الاجزاء المملوكة له افرازا وتمييزا أو تعيينا لها فى الملك ، وهى فى حق الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهى مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة فى نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة فى نصيب صاحبه .... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هى افراز من وجه ومعاوضة من وجه » (البدائع ج ٧ ص ١٧) .

وفى هذا المعنى نصت المادة ١١١٦ من المجلة على ما يأتى : « والقسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة . مثلا اذا كان كيل حنطة مشتركا بين اثنين مناصفة ، فكل حبة منه لكل واحد نصفها ، فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع ، وباعطاء القسم الواحد لواحد والثانى للآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته . كذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل واحد نصفه ، فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق ، وباعطاء كل واحد منها قسما يكون كل واحد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الاخر بنصف حصته » .

غير ان التقنين العراقى خطا الخطوة الواجبة فى مسيرة الفقه الاسلامى ؛ فنص فى المادة ١٠٧٥ منه على ان « ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة ... » ، وبذلك غلب الأثر الكاشف للقسمة على الأثر الناقل لهـا .

(مادة ٨٥٠)

اذا ترتب حق عينى على حصة الشريك اثناء الشيوع ، فان هـذا الحق يتحمل به قدر من النصيب المفرز المقسوم الذى اختص به الشريك يعادل قيمة الحصة التى كانت مثقلة بالحق .

هذه المـادة مستحدثة .

وهى تقرر قاعدة تسرى على كل حق عينى غير الملكية ترتب على حصة الشريك أثناء الشيوع ، كانتفاع أو رهن أو امتياز . حيث تقضى بان يتحمل بهذا الحق النصيب المفرز المقسوم الذى اختص به الشريك.

فاذا كان هذا الحق قد ورد على كل حصة الشريك ؛ فانه بعد القسمة يتحمل به كل الجزء المفرز الذى اختص به الشريك . واذا كان قد ورد على حصة شائعة فى عين معينة من الأموال الشائعة ، فانه ينحصر بعد القسمة فى الجزء المفرز الذى اختص به الشريك من هذه العين . وورود الحق على كل الجـزء المفرز فى الحالة الاولى ، وانحصاره فى جزء مفرز من العين فى الحالة الثانيـة ، لايكون على اساس الحلول العينى وانما هو الاثر الطبيعى للقسمة .

اما اذا ورد الحق على كل حصة الشريك او بعضها فى عين معينة من الاموال الشائعة ، ثم وقعت فى نصيبه عند القسمة عين اخرى ، فان الحق ينتقل الى قدر من العين الاخرى التى وقعت فى نصيبه يعادل قيمة الحصة التى كانت مثقلة بالحق ؛ وذلك على أساس الحلول العينى .

ولم يف التقنين الحالى ببيان مصير الحقوق العينية التى ترد على الحصة الشائعة الا بالنسبة الى الرهن الرسمى . اما النص المقترح فيتضمن قاعدة تبين مصير هذه الحقوق بصفة عامة .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٨٣٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق فيما يتعلق بالرهن الرسمى مع المـادة ١٠٣٩/٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « واذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة فى العقار او جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة اعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل .... » .

والسند الشرعى المادة المقترحة ان حكمها يقصد به حماية مصلحة اصحاب الحقوق التى تتقرر على الحصة الشائعة اثناء الشيوع ، وذلك ببيان مصير هذه الحقوق على نحو يكفل المحافظة عليها .

(مادة ٨٥١)

١ ـ يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع فى النصيب الذى اختص به الشريك من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة. ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على اساس قيمة الاموال المقسومة جميعها وقت الاستحقاق . فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٢ ـ على أنه لا محل للضمان اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه .

هذه المـادة تقابل المـادة ٨٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يـاتى :

« ١ ـ يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان ، على ان تكون العبرة فى تقـدير الشىء بقيمته وقت القسمة . فاذا كان احد المتقاسمين معسرا ، وزع القـدر الذى يلزمه على مسـتحق الضمان وجميـع المتقاسمين غير المعسرين .

٢ ـ غير انه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها . ويمتنع الضمان ايضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه » .

وقد ادخلت على هذه المـادة التعـديلات الآتيـة :

١ ـ استهلت الفقرة الاولى فى المـادة المقترحة بما يبين ان الاستحقاق الذى يترتب عليه الضمان هو استحقاق ما وقع فى نصيب الشريك مدعى الضمان ، وليس استحقاق المقسوم كله او حصة شائعة فيه . فاذا كان المتعرض يدعى ملكيته للمقسوم كله أو حصة شائعة فيه ، ونجح فى اثبات ما يدعيه ، فبمقتضى القواعـد العامة تعتبر القسمة باطلة اما لانها وقعت على مال غير مملوك للمتقاسمين واما لانها تمت بين بعض الشركاء دون البعض الآخر . وهذا الفرض ليس هو الذى عرض له المشروع مكتفيا فى شانه بحكم القواعـد العامة .

اما الفرض الذى عرض له النص المقترح فهو ان يكون الاستحقاق خاصا بما يقع فى نصيب مدعى الضمان . فهنا لاتبطل القسمة لمجرد ان المتقاسـمين ادخلوا فيها ما ليس لهم ، وتكون فى نطاق الالتزام بالضـمان .

٢ ـ نص فى الفقرة الاولى ايضا على ان يكون تعويض المتقاسـمين لمستحق الضمان على اساس قيمة الاموال المقسـومة جميعها وقت الاستحقاق ؛ وليس على اساس قيمة الشىء وقت القسمة كما يقضى النص الحالى . وذلك لكى يكون ما تم فى هذه الحالة شبيها بما يحدث لو كنا بصـدد اجراء قسمة جديدة . فتقوم الاموال المقسومة جميعها، بعد استبعاد ما استحق منها ، وتحدد فى ضـوء ذلك قيمة ما يخص

الشريك الذى استحق نصيبه ، ويتم تعويضه على هذا الأساس .
ويعزز هذا النظر امران : الاول انه يحقق المساواة بين المتقاسمين ، وهذا امر جوهرى فى القسمة . والثانى انه يستوعب الراى الذى يذهب اليه الفقه الاسلامى فى اعتباره القسمة باطلة اذا استحقت حصة الشريك ، وان كان يخير الشريك فى حالة استحقاق مقدار معين من نصيبه او جزء شائع فيه بين طلب فسخ القسمة وبين طلب تعويض ما نقص من حصته (م ١١٢٥ من المجلة) . وهذا الراى له وجاهته .
ولكن المشروع آثر الا يعطى الشريك حق طلب فسخ القسمة لتلافى الصعوبات العملية والأضرار التى قد تلحق المتقاسمين الآخرين من وراء ذلك . وفى مقابل هذا وفر للشريك مستحق الضمان الميزة التى تعود عليه اذا فسخت القسمة واعيدت من جديد ، وذلك بان يكون تعويضه على الاساس المذكور .

٣ — عدل حكم الفقرة الثانية ، وذلك بان حذف من هذه الفقرة ما يفيد امتناع الضمان اذا كان هناك اتفاق على الاعفاء منه . وذلك تطبيقا للمادة ٢٢٩ / ٢ من المشروع التى تنص على انه « لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى » . اذا ان مثل هذا الاتفاق ينافى مقتضى العقد . وهذا فضلا عن انه يتعارض مع مبدا جوهرى فى القسمة ، وهو تحقيق المساواة بين المتقاسمين .

وفى الفقه الاسلامى تكون القسمة باطلة اذا استحق المال المقسوم كله ؛ او استحقت حصة شائعة فيه كله . وهذا يتفق مع القواعد العامة كما سبق القول . وتكون القسمة باطلة كذلك اذا استحقت حصة الشريك المتقاسم ، وهذا هو الفرض الذى يدخله النص المقترح فى نطاق الضمان ، فلا يعتبر القسمة باطلة . اما اذا استحق مقدار معين من نصيب الشريك المتقاسم او استحق جزء شائع فيه ، فان الفقه الاسلامى يخير الشريك بين طلب فسخ القسمة وبين طلب تعويض ما نقص من حصته .

فقد نصت المادة ١١٢٥ من المجلة على ما يأتى : « شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة . فاذا ظهر مستحق المقسوم بعد القسمة بطلت ، وكذا اذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه يطلب القسمة ويلزم تكرار قسمه ، كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلب القسمة والباقى مشترك بين اصحاب الحصص . وان ظهر مستحق لمقدار معين فى حصته او لجزء شائع منها ، فصاحب الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة وان شاء لم يفسخ ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الأخرى ... » .

(مادة ٨٥٢)

١ — اذا دامت قسمة المهاياة المكانية خمس عشرة سنة ، صارت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء صراحة على غير ذلك .

٢ — واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهاياة .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « واذا دامت هذه القسمة (قسمة المهاياة المكانية) خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهاياة » .

وقد عدل حكم هذه المادة بما يفيد أن اتفاق الشركاء على عدم صيرورة المهاياه المكانية قسمة نهائية يجب ان يكون صريحا . وذلك حسما للنزاع فى استخلاص الاتفاق الضمنى . وادخلت عليها تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . وجعلت من فقرتين بدلا من فقرة واحدة ، لاننا بصدد قاعدتين يحسن ان يفرد لكل منهما فقرة مستقلة .

انظر المراحل التى مر بها النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢١٦) ومذكرته الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٣١ — ١٣٣ و ١٣٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يراد به استقرار الاوضاع التى ظلت امدا طويلا يصل الى خمس عشرة سنة برضاء ذوى الشأن، ما دام لم تظهر من جانبهم ارادة مخالفة . واذا كانت هذه المدة تكفى لعدم سماع الدعوى ، فاولى بها أن تكون داعية الى استمرار وضع ارتضاه الشركاء بالتجربة .

الفرع الثانى
الشيوع الاجبارى

(مادة ٨٥٣)

اذا تبين من الغرض الذى أعد له المال الشائع انه يجب أن يبقى على الدوام شائعا ، فليس للشريك ان يطلب قسمته ولا ان يتصرف فى حصته فيه مستقلة عن العقار الذى أعد هذا المال لخدمته .

هذه المادة تقابل المادة ٨٥٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ليس للشركاء فى مال شائع ان يطلبوا قسمته ، اذا تبين من الغرض الذى اعد له هذا المال انه يجب ان يبقى دائما على الشيوع » .

والشيوع الاجبارى نوعان : شيوع اجبارى اصلى ، وفيه لا تكون الأشياء الشائعة تابعة لعقار، وانما توجد مستقلة وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد ، كمدافن الأسرة وصورها ووثائقها . وشيوع اجبارى تبعى ، وهو الذى تكون الاشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من اللحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات . وهذا النوع من الشيوع الاجبارى هو النوع الهام الذى يتناوله النص المقترح .
ومن صوره الشيوع فى الحائط المشترك ، واجزاء المشتركة فى

ملكية الطبقات او الشقق ، والمسقاة الخاصة التى تكون مملوكة لعدة ملاك ومخصصة لرى اراضيهم ، والقناطر والممرات والآبار والافنية التى يكون كل منها مملوكا لعدة ملاك ومخصصا لخدمة عقاراتهم .

واهم ما يتميز به الشيوع الاجبارى حكمان لا يوجدان فى الشيوع العادى . الحكم الاول ان الشريك لايحق له ان يطلب قسمة المال المشترك ، بل يجب عليه ان يتحمل الشيوع على وجه الدوام ، لأن الغرض الذى اعد له هذا المال يقتضى ان يبقى دائما على الشيوع . والحكم الثانى ان الشريك لايجوز له ان يتصرف فى حصته فى المال الشائع مستقلة عن العقار الذى يخصص الشىء المشترك لخدمته . واذا تصرف فى العقار ، فان التصرف يشمل حقه فى الشىء الشائع ، لانه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار .

وقد اقتصر نص التقنين الحالى على تقرير عدم جواز طلب القسمة . ولكن رؤى فى النص المقترح اضافة عدم جواز التصرف فى الحصة الشائعة مستقلة عن العقار الذى اعد الشىء المشترك لخدمته .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٤٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٨١ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨٥٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٠٦٠ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٨٥٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق احكام المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١١٤٢ من المجلة على ما ياتى : « كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك ، كذلك لا يجوز ايضا تقسيم الكتاب المتعدد الاجزاء والجلود جلدا جلدا » . ونصت المادة ١١٤٣ على ما ياتى : « ينظر فى الطريق المشترك بين اثنين فاكثر وليس لغيرهم فيه حق اصلا حين طلب احدهم قسمة وامتناع الآخر ، فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد طريق يقسم ، والا فلا يقسم جبرا ، الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه فى ذلك الحال يقسم» . ونصت المادة ١١٤٤ على ما ياتى : « المسيل المشترك ايضا كالطريق المشترك ، اى اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر ، فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او يتخذ كل مسيلا فى محل غيره يقسم والا فلا » . ونصت المادة ١١٤٥ على ما ياتى : « كما يجوز ان يبيع شخص طريقه الملك على ان يبقى له حق المرور ، يجوز ايضا ان يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعنى ملكيته لاحدهما وللثانى حق المرور فقط » . ونصت المادة ١١٤٦ على ما ياتى : « كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركا فى تقسيم الدار بين الشريكين ، تجوز ايضا القسمة على جعله ملكا لأحدهما خاصة » . ونصت المادة ١٢٢٣ على ما ياتى : « للمارين فى الطريق العام حق الدخول فى الطريق الخاص عند الازدحام ، فلا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه ولو اتفقوا ، ولا يسوغ ان يقسموه بينهم ، ولا يجوز ان يسدوا فمه » .

الحائط المشترك :

(مادة ٨٥٤)

الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٨١٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى التقنين الحالى (م١١٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص٦٤.

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٩١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ١٢٨٠ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى لها انها تتضمن قرينة مستنبطة مما يغلب وقوعه فى الحياة العملية ، بغية تيسير اثبات الاشتراك فى الحائط ، وهى لذلك تقبل اثبات العكس كما هو الشان فى كل قرينة . وهذا يقبله الفقه الاسلامى .

(مادة ٨٥٥)

١ - لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذى اعد له ، وان يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون ان يحمل الحائط فوق طاقته .

٢ - واذا احتاج الحائط الى اصلاح ، او لم يعد صالحا للغرض الذى أعد له ، فنفقة اصلاحه او تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه .

هذه المادة تقابل المادة ٨١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى اعد له ، وان يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون ان يحمل الحائط فوق طاقته .

٢ - فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه او تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدر الفقرة الأولى منها . واضيفت الى الفقرة الثانية الحالة التى يحتاج فيها الحائط الى اصلاح دون ان يصبح غير صالح للغرض الذى اعد له .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٨٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٤ و ٦٥ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٨٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٢٧٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق احكامها مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٧٠ من مرشد الحيران على ما ياتى : « اذا كان الحائط مشتركا بين

اثنين ، ملا يجوز لاحدهما ان يتصرف فيه بتعلية او زيادة فى البناء عليه بلا اذن الآخر ، سواء كان تصرفه مضرا بالآخر ام لا » . ونصت المادة ٧١ على ما يأتى : « لكل من الشريكين فى الحائط أن يضع عليه اخشابا بقدر ما لشريكه بشرط الا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لاحد منهما ان يزيد فى اخشابه بدون اذن الآخر ، كما انه لا يجوز لاحدهما ان يحول محل اخشابه التى على الحائط يمينا او شمالا ولا من اسفل الى أعلى ، ولو من أعلى الى اسفل جاز .. » .

وفى هذا المعنى ايضا : المادتان ١٢١٠ و ١٢١١ من المجلة .

كذلك نصت المادة ١٣١٨ من المجلة على ما يأتى : « اذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه واراد احدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك » . وفى هذا المعنى ايضا المادة ٧٥٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٨٥٦)

١ - للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك ان يعليه بشرط الا يلحق بشريكه ضررا جسيما ، وعليه وحده ان ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشيء عن التعلية دون ان يفقد شيئا من متانته.

٢ - فاذا لم يكن الحائط صالحا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء ان يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، والا فعليه ان يدفع لجاره مقدما قيمة الارض التى امتد اليها ما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار . ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٨١٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « ضررا جسيما » بعبارة « ضررا بليغا » .

والفقرة الثانية تقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « فاذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء ان يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا دون ان يكون للجار الذى احدث التعلية حق فى التعويض » .

وقد اضيف الى هذه الفقرة حكم الحالة التى لا يمكن ان تقع فيها زيادة السمك فى ناحية من يقوم بالتعلية ، حيث يجب عليه حينئذ ان يدفع لجاره مقدما قيمة الارض التى امتد اليها ما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١١٨٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ص٦٥.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٨٩ من التقنين العراقى . وتتفق مع المادة ١٢٧٧ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر النصوص الشرعية التى تقدم ذكرها او اشير اليها تحت المادة السابقة : المادتان ٧٠ و ٧٥٤ من مرشد الحيران والمادتان ١٢١٠ و ١٣١٨ من المجلة .

(مادة ٨٥٧)

للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية ان يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، اذا هو دفع نصف ما انفق عليه ، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة .

هذه المادة تطابق المادة ٨١٦ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٠٩٠ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للقانون الحالى (م ١١٨٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص٦٥ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « لا يجوز للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ، ولا على ان يعطيه جزءا من حائطه او من الأرض القائم عليها الحائط » .

(مادة ٨٥٨)

ليس للجار ان يجبر جاره على النزول عن جزء من حائط او من الأرض التى عليها الحائط الا فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين السابقتين .

هذه المادة تتفق مع العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة ٨١٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ليس للجار ان يجبر جاره ... على النزول عن جزء من حائط او من الارض التى عليها الحائط الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ » .

وقد اضيفت الى الحالة المشار اليها فى هذه المادة ، وهى المذكورة فى المادة ٨١٦ من التقنين الحالى ، حالة اخرى يشملها حكم المادة ٨١٥ من هذا التقنين . ومن ثم فانه بمقتضى المادة المقترحة لا يجوز للجار أن يجبر جاره على قبوله شريكا فى الحائط الفاصل الذى اقامه هذا الجار على نفقته الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨٥٧ من المشروع وهى حالة ما اذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره ان يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ويصبح الحائط كله مشتركا . كما لا يجوز لجار أن يجبر جاره على قبوله شريكا فى الارض التى عليها الحائط الفاصل الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨٥٦ من المشروع ، وهى حالة ما اذا اعاد الجار بناء الحائط المشترك واضطر ان يزيد فى سمك الحائط وان يأخذ جزءا من ارض جاره لهذه الزيادة ، فيكون عليه أن يدفع لهذا الجار ثمن ما اخذه من ارضه.

والمادة المقترحة تتفق مع العبارة الاخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٩٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٢٧٩ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٦٩ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها .

ملكية الطبقات والشقق

(مادة ٨٥٩)

اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض المقام عليها البناء والارض المحيطة به وهيكل البناء واجزائه وملحقاته المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع او التى تتوقف عليها متانة البناء ، وبوجه خاص الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية وقواعد الارضيات والأسطح والمداخل والافنية والممرات والدهاليز والسلالم والمصاعد والأماكن المخصصة للعاملين فى خدمة البناء او الخدمات المشتركة وكل انواع الانابيب والاجهزة الا ما كان منها داخل الطبقة او الشقة وتقتصر منفعته على مالكها . كل هذا ما لم يرد فى سندات الملك ما يخالفه .

هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٨٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « اذا تعدد ملاك طبقات الدار او شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والإفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل أنواع الأنابيب الا ما كان منها داخل الطبقة او الشقة . كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه ».

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ ــ اضيف اليه فريق من الاجزاء المشتركة التى لم يرد ذكرها فيه . وهذا مع ملاحظة ان هذه الأجزاء المشتركة لم تذكر على سبيل الحصر .

٢ ــ استكمال المعيار الذى على اساسه تتحدد الاجزاء المشتركة فى الدار . فالملاك فى النص الحالى يعدون شركاء فى « ملكية الأرض وملكية اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » . بينما فى النص المقترح يعد الملاك شركاء فى « ملكية الأرض المقام عليها البناء والأرض المحيطة به وهيكل البناء واجزائه وملحقاته المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع او التى تتوقف عليها متانة البناء » . ومن ثم فالمعيار المقترح لا يقتصر على ان تكون اجزاء البناء معدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، بل يضيف الى ذلك أن تكون هذه الأجزاء مما تتوقف عليه متانة البناء .

٣ ــ نص على ان الانابيب والاجهزة التى تكون فى داخل الطبقة او الشقة ولا تعتبر من الأجزاء المشتركة ، بل تكون ملكا خاصا لصاحب هذه الطبقة او الشقة ، هى تلك التى تقتصر منفعتها عليه . فاذا كان جميع الملاك او بعضهم ينتفعون بها ، فانها تعد من الأجزاء المشتركة ، رغم وجودها داخل الطبقة او الشقة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٤٩ من التقنين الكويتى .

ويأخذ المشروع فى النص المقترح والنصوص التالية بنظام الطبقات أو الشقق المفرزة والشيوع الاجبارى ، لأنه النظام الذى يتفق مع وضع الابنية فى عصرنا الحالى . وهو مقتبس من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ .

وقد اشتمل التقنين الحالى ، الى جانب النصوص العديدة التى تتعلق بهذا النظام ، على نصوص ثلاثة (م٨٥٩ ــ ٨٦١) تتعلق بنظام السفل والعلو الذى اقتصر عليه التقنين القديم . ويتلخص هذا النظام فى ان يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة ، ويملك صاحب السفل الارض التى يقام عليها البناء ، اما صاحب العلو فله حق القرار على السفل . وبناء على ذلك فهناك التزامات تقع على صاحب السفل ، والتزامات تقع على صاحب العلو ، وتتفرع عن حق القرار الثابت للعلو على السفل . وقد رئى اغفال هذا النظام فى المشروع بعد ان اصبح غير متفق مع وضع الابنية فى العصر الحالى .

وتتعلق قواعد الفقه الاسلامى بنظام السفل والعلو : انظر المواد ٦٤ ــ ٦٨ من مرشد الحيران والمادة ١١٩٣ من المجلة .

(مادة ٨٦٠)

الاجزاء المشتركة التى تقتصر منفعتها على بعض الملاك ، تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك . فالحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين .

هذه المادة تقابل الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى « والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين ».

وقد رئى فى المادة المقترحة ان يذكر فى صدرها حكم الاجزاء التى تقتصر منفعتها على بعض الملاك ، ثم تاتى العبارة الاخيرة كتطبيق لهذا الحكم .

واقتصار منفعة بعض الاجزاء على بعض الملاك دون غيرهم قد يتم بالاتفاق ، كأن يتفق على أن يكون الانتفاع بالحديقة مقصورا على اصحاب الشقق الموجودة فى الطابق الارضى . وقد يكون تبعا لما يفرضه وضع هذه الأجزاء ، كما هو الشأن فى الحواجز الفاصلة بين شقتين ، حيث تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٥٠ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها تلك القاعدة التى تقضى بأن منفعة الشىء تقتصر على مالكه .

(مادة ٨٦١)

تكون حصة كل مالك فى الاجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه مفرزا فى الدار . وتقدر قيمة هذا الجزء على اساس مساحته وموقعه وقت انشاء الدار .

هذه المادة تقابل ما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ من التقنين الحالى من ان الاجزاء المشتركة « يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار » .

وقد اضيف الى هذا الحكم فى المادة المقترحة حكم آخر يتعلق بتقدير قيمة الجزء الذى للمالك فى الدار من طبقة او شقة . وهذه مسالة اختلف فيها الراى من حيث الاعتداد فى تقدير القيمة بالتغييرات الخارجية كانشاء شارع امام جانب من جوانب الدار او الغاء حديقة كانت امام جانب آخر او بالتغييرات الداخلية كتحسين المالك لشقته باشياء مرتفعة القيمة ، ومن حيث الوقت الذى يتم فيه هذا التقدير اهو وقت انشاء الدار ام الوقت الذى يثور فيه النزاع حول التقدير .

وقد اختار المشروع أن يكون هذا التقدير على اساس مساحة الطبقة او الشقة وموقعها وقت انشاء الدار ، فلا تتغير القيمة بمضى الزمن من وقت انشاء الدار ولا بالتغيرات الخارجية او الداخلية ، بل تبقى القيمة ثابتة على اساس المساحة والموقع وقت انشاء الدار .

وعلى اساس هذه القيمة تتحدد حصة المالك فى الاجزاء الشائعة كما يتحدد نصيبه فى التكاليف المشتركة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٥١ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها ان الاجزاء المشتركة معدة لخدمة الجزء المفرز المملوك فى الدار ، ومن ثم تتحدد حصة المالك فى تلك الاجزاء بنسبة قيمة هذا الجزء المفرز .

(مادة ٨٦٢)

الأجزاء المشتركة من الدار لاتقبل القسمة ، وليس لمالك ان يتصرف فى حصة منها مستقلة عن الجزء الذى يملكه مفرزا ، والتصرف فى جزء مفرز يشمل حصة المتصرف فى الأجزاء المشتركة .

هذه المادة تقابل ما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ من التقنين الحالى من أن « الأجزاء المشتركة من الدار لاتقبل القسمة، وليس لمالك ان يتصرف فى نصيبه (فيها) مستقلا عن الجزء الذى يملكه » .

وقد اضيف الى الحكم الاخير فى هذا النص حكم آخر يعتبر مكملا له ، وهو أن التصرف فى جزء مفرز يشمل حصة المتصرف فى الأجزاء المشتركة ، اذ ان هذه الحصة تعتبر من الملحقات الضرورية التى لاتنفصل حتما عن الجزء المفرز ، بحيث يشملها التصرف فى هذا الجزء دون حاجة الى ذكر ذلك .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٥٢ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الغرض من جعل الاجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لملاك الأجزاء المفرزة هو تمكين هؤلاء الملاك من الانتفاع بما يملكون ، الأمر الذى يقتضى التلازم بين ملكية الأجزاء المفرزة والاشتراك فى الاجزاء المشتركة . ومن شان الاحكام الواردة فى المادة المقترحة أن يتحقق هذا التلازم ، فضلا عن عدم جواز طلب قسمة هذه الاجزاء لانها مخصصة لاغراض تقتضى بقاءها دائما على الشيوع .

(مادة ٨٦٣)

لكل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، ان يستعمل الاجزاء المشتركة فيما اعدت له ، مع مراعاة حقوق باقى الملاك .

هذه المادة تتفق مع الفقرة الاولى من المادة ٨٥٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى ان يستعمل الاجزاء المشتركة فيما اعدت له ، على الا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » .

وقد ادخلت على هذا النص تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . واستبدلت عبارة « مع مراعاة حقوق باقى الملاك » بعبارة « على الا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » ، لان العبارة المختارة أدق فى الدلالة على المقصود . فلا يكفى فى استعمال المالك للاجزاء المشتركة الا يحول دون استعمال باقى الملاك لها ، اذا أضحى استعمال هؤلاء للأجزاء المشتركة بقدر اقل من استعمال المالك لها ، وانما يجب أن تبقى لهؤلاء الملاك امكانية الاستعمال بقدر يتساوى مع استعمال المالك ، وهذا هو المعنى المقصود من العبارة المختارة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٥٥ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو بيان حدود حق المالك فى استعمال الاجزاء المشتركة على نحو يكفل لهذه الأجزاء وظيفتها ويحقق المساواة بين الملاك .

(مادة ٨٦٤)

لا يجوز لاى مالك ان يقوم بعمل من شانه ان يهدد سلامة البناء او يغير من مظهره الخارجى .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها يصدق على كل عمل ياتيه المالك ويكون من شانه ان يهدد سلامة البناء او يغير من مظهره الخارجى ، سواء كان ذلك فى الطبقة او الشقة التى يملكها أو فى الأجزاء المشتركة . كان يضع

فى الشقة اشياء ثقيلة الوزن الى الحد الذى يزيد عن المعتاد ويهدد سلامة السقف ، او يضع آلات يترتب على تشغيلها المساس بسلامة البناء ، او يقوم بطلاء الحوائط من الخارج او النوافذ بطلاء يشوه مظهر البنـاء .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٥٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها ان حكمها يقصد به المحافظة على مصلحة الملاك ، وهو من الأغراض الاساسية فى الشريعة الاسلامية .

(مادة ٨٦٥)

١ ـ نفقات حفظ الاجزاء المشتركة فى الدار وصيانتها وادارتها وتجديدها والتعديل فيها يتحملها جميع الملاك ، كل بنسبة قيمة الطبقة او الشقة التى له فى الدار ، ما لم يتفق على غير ذلك .

٢ ـ ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة والتعديلات ، التى تخص بعض الملاك او يتفاوت الانتفاع بها تفاوتا واضحا ، توزع بنسبة ما يعود من هذه الخدمات والتعديلات على كل طبقة او شقة من منفعة . وللملاك الذين لم ينتفعوا بالتعديلات فى الأجزاء المشتركة ان ينتفعوا بها فى اى وقت اذا دفعوا نصيبهم فى نفقاتها .

٣ ـ ولا يجوز لمالك أن يتخلى عن حصته فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى النفقات المتقدمة الذكر .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٨٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « على كل مالك ان يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

وقد عدل هذا النص تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة . واضيف الى ما يتحمله الملاك نفقة التعديل فى الأجزاء المشتركة .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة . فقد لوحظ ان توزيع النفقات المشتركة كلها بنسبة ما يملكه كل شريك يتنافى مع العدالة بالنسبة الى بعض النفقات . فمثلا ليس من العدل ان يتساوى صاحب الشقة الموجودة فى الطابق الأرضى او فى طابق من الطوابق المنخفضة مع صاحب الشقة الموجودة فى طابق من الطوابق العليا فى تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد .

ونظرا الى هذا الاعتبار فان حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يشمل نفقات حفظ الأجزاء المشتركة فى الدار وصيانتها وادارتها وتجديدها والتعديل فيها ، حيث يتحملها جميع الملاك ، كل بنسبة قيمة الطبقة او الشقة التى له فى الدار ، ما لم يتفق على غير ذلك . ومن امثلتها نفقات صيانة الانابيب المشتركة وتجديدها ، ونفقات نظافة المدخل والأفنية وواجهة المبنى ، واجور من يتولون الادارة والحراسة ، وما ينفق على الادارة من مكاتبات واجتماعات ، واقساط التأمين على العقار كله او على الأجزاء المشتركة ، ونحو ذلك . اذ الملحوظ فى مثل هذه النفقات ان الملاك جميعا ينتفعون من ورائها على قـدم المسـاواة .

اما حكم الفقرة الثانية فيتناول نفقات الخدمات المشتركة والتعديلات التى تخص بعض الملاك او يتفاوت الانتفاع بها من مالك الى آخر تفاوتا كبيرا . وقد اسـترشد المشروع فيه بالفقرة الأولى من المـادة العاشرة من القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٦٥ . فهذه النفقات يتحملها الملاك الذين ينتفعون من ورائها دون غيرهم . واذا كان الانتفاع تتفاوت درجته من مالك الى آخر تفاوتا كبيرا ، فان توزيع النفقات يكون بنسبة درجة الانتفاع . ومن امثلتها نفقات تشغيل المصعد ، ونفقات التكييف المركزى والمياه الساخنة ، ونفقات صيانة السلم ونظافته ، والتعديلات التى يفيد منها بعض الملاك دون البعض الآخر . ويلاحظ ان توزيع هذه النفقات يكون بنسبة ما يعود على كل طبقة او شقة من منفعة ، وليس بنسبة قيمة الطبقة او الشقة . لان اساس التوزيع هو مقدار المنفعة التى تعود على الطبقة او الشقة .

واذا كانت هذه التفرقة بين نوعى النفقات قد تنطوى فى كثير من الحالات على صعوبات فى التطبيق لمعرفة ما اذا كانت نفقة معينة من هذا النوع او ذاك ، فانهـا مع ذلك تهدف الى تحقيق العدالة بقـدر الامكـان .

وفيما يتعلق بالتعديل الذى يتقرر ادخاله على الأجزاء المشتركة ، فان كان يفيد منه جميع الملاك على قدم المساواة ، فانه يخضع للقاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، حيث يتحمل جميع الملاك نفقاته ، كل بنسبة قيمة الطبقة او الشقة التى له فى الدار . وان كان هذا التعديل قد ادخل لصالح فريق من الملاك ، فان هذا الفريق هو الذى يتحمل وحده نفقات هذا التعديل . واذا تفـاوت الانتفاع فيما بينهم ، وزعت النفقات عليهم بنسبة ما يعود على كل طبقة أو شقة من منفعة . واذا لم يرغب بعضهم فى الاستفادة من التعديل ، وكان هذا ممكنا ، فله ذلك ، وحينئذ لا يتحمل بنفقة ما ، غير أنه اذا رغب بعد ذلك فى الاستفادة من التعديل ، فله ذلك ايضا ، وفى هذه الحالة يتحمل القدر الذى يخصه من النفقات .

ومن الأمثلة فى هذا الصدد ان يكون البناء بدون مصعد ، ثم يتقرر استخدام مصعد ، فيتحمل الملاك ثمنه ونفقات تركيبه وتشغيله ، كل بنسبة ما يعود من منفعة على الطبقة او الشقة التى له ، حيث لايتحمل صاحب الطابق الارضى شيئا ، ويتحمل اصحاب الطبقات المنخفضة اقل مما يتحمل اصحاب الطبقات العليا . واذا لم يرغب احد الملاك فى استخدام المصعد ، فله ذلك ، وفى هذه الحالة لايتحمل اية نفقة ، واذا رغب بعد ذلك فى استخدام المصعد ، فله ذلك ايضا ، بشرط ان يتحمل نصيبه فى النفقات . واذا تقرر استخدام محرك لرفع المياه الى خزان على سطح البناء لتيسير وصول المياه الى وحدات الطبقات العليا ، فان ملاك هذه الوحدات يتحملون النفقات وحدهم او يتحملون منها بمقدار اكبر مما يتحمله اصحاب الوحدات المنخفضة بحسب الظروف . واذا اراد احدهم الا يستفيد من ذلك لكى لايتحمل

نصيبه من النفقات ، فليس له ذلك لانه لا يمكن من الناحية العملية الحيلولة دون وصول المياه اليه .

واما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة ، فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٨٥٨ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية لفقرة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٢٩ / ٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٦٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة التى تقضى بان الغرم بالغنم ، فمن ينال نفع شىء يتحمل تكاليفه .

(مادة ٨٦٦)

على كل مالك القيام بما يلزم من اصلاحات فى الطبقة أو الشقة التى يملكها اذا كان يترتب على عدم القيام بها ضرر لغيره من الملاك .

هذه المادة مستحدثة .

ويورد حكمها قيدا على حرية المالك فى أن يصلح الخلل الذى يطرا فى الطبقة او الشقة التى يملكها فى الدار او لايصلحه . وذلك نظرا الى الوضع الخاص بملكيته للطبقة أو الشقة فى الدار ، حيث يفرض هذا الوضع على المالك ان يقوم بما يلزم فى ملكه من اصلاح لتلافى الضرر الذى يلحق مالكا آخر من جراء عدم القيام بهذا الاصلاح . كما لو حصل خلل فى المواسير الموجودة داخل دورة المياه ، فادى هذا الى تسرب المياه فى داخل ارضية الدورة حتى نفذت الى سقف الشقة السفلى فاتلفته واخذت تتساقط الى داخل هذه الشقة . وهذا مثل كثيرا ما يتحقق فى الحياة العملية ، فيؤدي الى نزاع بين شاغلى الاماكن السفلى وشاغلى الاماكن العليا ، سواء كانوا ملاكا أو مستأجرين .

ومن الواضح ان حكم المادة المقترحة يمكن الوصول اليه فى ضوء القواعد العامة التى تقضى بمسئولية الشخص عن كل فعل ضار يصدر منه ، ولو كان هذا الفعل عملا سلبيا . ولكن رؤى مع ذلك النص على التزام المالك بالقيام بالاصلاح اللازم لتلافى الضرر الذى يلحق بغيره من الملاك اذا تراخى عن اجرائه ، تأكيدا لهذا الواجب .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة العامة التى تقضى بان كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز (م ١٦٩ من المشروع) . حيث يتفرع عن هذه القاعدة العامة عدة قواعد تقضى بالاضرر ولا ضرار (م ١٩ من المجلة) ، وان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان (٢١ من المجلة) .

اتحاد الملاك

(مادة ٨٦٧)

١ - يقوم بين ملاك طبقات الدار أو شققها اتحاد بحكم القانون ، اذا زادت هذه الطبقات أو الشقق على خمس وزاد ملاكها على خمسة أشخاص . وتعتبر الطبقة أو الشقة ، فى تطبيق هذا الحكم ، لمالك واحد ولو تعدد ملاكها .

٢ - وتكون للاتحاد شخصية اعتبارية من تاريخ شهرة .

هذه المادة تقابل المادة ٨٦٢ من التقنين الحالى ، وتتفق مع المادة ٧٣ فقرة اولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شان تاجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر .

فالمادة ٨٦٢ من التقنين الحالى تنص على ما يأتى :

« ١ - حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طبقات أو شقق ، جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم .

٢ - ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات او مشتراها لتوزيع ملكية اجزائها على أعضائها » .

والمادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ تنص على ما يأتى :

« اذا زادت طبقات المبنى او شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص قام بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه فى المادة ٨٦٢ من القانون المدنى . وفى تطبيق هذا الحكم يعتبر مالك الطبقة أو الشقة الواحدة مالكا واحدا ولو تعددوا .

ويكون البائع للعقار بالتقسيط عضوا فى الاتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن ، كما يكون المشترى بعقد غير مسجل عضوا فى الاتحاد » .

وتتفق أحكام الفقرة الأولى من المادة المقترحة مع أحكام المادة ٧٣ فقرة أولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . حيث يكون تكوين اتحاد الملاك وجوبيا بحكم القانون ، اذا زادت طبقات الدار أو شققها على خمس وزاد ملاكها على خمسة أشخاص . وفى تطبيق هذا الحكم تعتبر الطبقة أو الشقة لمالك واحد ولو تعدد ملاكها .

اما اذا لم تزد طبقات الدار أو شققها على خمس أو لم يزد ملاكها على خمسة اشخاص ، فان تكوين الاتحاد يكون جوازيا .

وقد جعل الشارع فى التقنين الحالى تكوين هذا الاتحاد جوازيا لا اجباريا ، وذلك فى الوقت الذى لم تكن فيه ملكية الطبقات أو الشقق قد بلغت من الانتشار ما بلغت فى الوقت الحالى • أما الآن فقد وصلت هذه الملكية الى درجة كبيرة من الكثرة ، وذلك بسبب استمرار أزمة المساكن واستفحالها وتزايد السكان تزايدا مضطردا سريعا ، الأمر الذى يوجب معالجتها بحلول تفى بمقتضياتها • ومن ذلك وجوب قيام اتحاد بين الملاك يتعاونون فيه على كل ما تستوجبه مصالحهم المشتركة فى البناء •

وتنص الفقرة الثانية من المادة المقترحة على أن اتحاد الملاك تكون له شخصية اعتبارية من تاريخ شهره • اذا أن الاتحاد فى حقيقته جمعية تضم جميع ملاك الطبقات أو الشقق فى بناء واحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا الغرض هو ادارة الاجزاء المشتركة فى البناء والقيام بما يلزم لمصلحة الملاك فى مجموعهم (انظر المادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشان الجمعيات والمؤسسات الخاصة) • ولذلك فانه من المسلم به فى ظل التقنين الحالى أن لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية • لكن الاتحاد يخضع لتنظيم مختلف عن تنظيم الجمعيات •

وقد رؤى عدم الأخذ بما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٦٢ من التقنين الحالى المذكورة التى تجيز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها • اذ أن مثل هذا الاتحاد لايكون اتحاد ملاك يقصد منه الى ضمان حسن الانتفاع بالعقار وادارته • وانما يهدف الى غرض غير ذلك ، ومن ثم لا تسرى عليه القواعد الخاصة باتحاد الملاك • فاذا رغبت جماعة من الأشخاص فى القيام بعمل مشترك بقصد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع اجزائها على الأعضاء ، فما عليهم الا أن يكونوا جمعية تعاونية تخضع لأحكام الجمعيات التعاونية ، أو يكونوا شركة تخضع لأحكام الشركات •

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٥٩ من التقنين الكويتى •

والسند الشرعى لها أنها تتضمن أحكاما تنظيمية يراد منها المحافظة على مصالح الأعضاء وضمان حسن سير العمل فيما بينهم •

(مادة ٨٦٨)

١ ـ لا تكون اجتماعات الجمعية العمومية للاتحاد صحيحة الا اذا دعى اليها جميع الملاك بدعوة تسلم اليهم او من ينوب عنهم باليد مع توقيعهم بما يفيد التسلم ، وحضرها من يملكون على الاقل ستين فى المائة من قيمة الدار أو من ينوب عنهم • واذا تعدد ملاك احدى وحدات الدار ، ناب عنهم من يختارونه لتمثيلهم ، فاذا تعذر اتفاقهم يعين من ينوب عنهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائنة فى دائرتها الدار بناء على طلب احد الشركاء •

٢ ـ فاذا لم يتوافر النصاب اللازم لصحة الاجتماع ، أعيد عقده بناء على دعوة ثانية خلال خمسة عشر يوما تبدأ من اليوم التالى ، ويعتبر الاجتماع صحيحا أيا كان عدد الحاضرين •

٣ ـ وتنعقد الجمعية العمومية بناء على دعوة من مدير الاتحاد ، أو من عدد من الملاك يملكون على الاقل عشرين فى المائة من قيمة الدار ، أو من الوحدة المحلية المختصة •

هذه المادة مأخوذة من المواد ١٠ و ١١ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ باصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك ، وهى تنص على ما يأتى :

المادة ١٠ ـ لملاك الشقة أو الطبقة ، فى حالة تعددهم ، أن يختاروا من يمثلهم فى عضوية الاتحاد ، فان تعذر اتفاقهم يعين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار طبقا لأحكام المادة ١١ •

المادة ١١ ـ لبائعى العقار بالتقسيط ، فى حالة تعددهم ، ان يختاروا من يمثلهم فى عضوية الاتحاد ، فان تعذر اتفاقهم يعين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب احد الشركاء بعد اعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم •

المادة ١٤ ـ تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه • ويحضر مامور الاتحاد جلسات الجمعية العمومية ولو كان من غير أعضاء الاتحاد ، وفى هذه الحالة يكون له حق المناقشات والاقتراح دون التصويت •

المادة ١٥ ـ تدعى الجمعية العمومية للانعقاد بناء على طلب مامور الاتحاد ، أو بناء على طلب عدد من الاعضاء يملكون ٢٠ ٪ على الأقل من وحدات العقار ، أو بناء على طلب الوحدة المحلية المختصة •

ويجب أن تسلم الدعوة لأعضاء الاتحاد أو من يمثلونهم قانونا باليد مع توقيعهم بما يفيد التسلم وذلك قبل موعد الانعقاد بأسبوع على الأقل ويعلن عنها بمدخل العقار ، ويحدد فى الدعوة جدول الأعمال ، ومكان الانعقاد وموعده •

المادة ١٦ ـ لعضو الاتحاد أن يحضر الجمعية العمومية بنفسه أو ينيب عنه عضوا آخر بتوكيل عرفى مكتوب ولا يجوز للعضو أن ينوب عن أكثر من عضو واحد • على أنه يجوز لممثل ملاك الطبقة أو الشقة أو لممثل بائعى العقار بالتقسيط أن ينيب عنه احدشركائه فى الشقة أو الوحدة أو العقار •

المادة ١٧ ـ فيما عدا الحالات التى ورد فيها نص خاص فى القانون أو فى هذا النظام لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحا الا بحضور مالكى ٦٠ ٪ على الأقل من الأنصبة فى العقار ، فاذا لم يتوافر هذا النصاب فى الاجتماع انعقدت الجمعية العمومية بناء على دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوما التالية ، ويعتبر اجتماعها الثانى صحيحا أيا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأيا كانت ملكياتهم •

وعليه فالمادة المقترحة تحدد الشروط الواجب توافرها لصحة اجتماعات الجمعية العمومية للاتحاد ، من حيث الأشخاص الذين يحق لهم الدعوة الى الاجتماع ، وطريقة الدعوة ، والنصاب اللازم لصحة الاجتماع • يضاف الى ذلك ما يزيد عليه فى المواد المذكورة من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ باصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك •

والسند الشرعى لها أنها تتضمن قواعد تنظيمية لكفالة حسن سير العمل فى اتحاد الملاك والمحافظة على حقوق هؤلاء •

(مادة ٨٦٩)

تصدر قرارات الجمعية العمومية للاتحاد بأغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على اساس قيمة الانصباء ، ما لم يكن هناك نص فى القانون او فى نظام الاتحاد يقضى بغير ذلك •

هذه المادة تتفق مع المادة ١٨ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ التى تنص على ما يأتى : « مع مراعاة ما ورد بشأنه نص خاص فى القانون أو فى هذا النظام ، تصدر قرارات الجمعية العمومية من اغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصباء » •

فالمادة المقترحة تنص على القاعدة فيما يتعلق بالأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات التى تصدرها الجمعية العمومية للاتحاد • حيث تتخذ هذه القرارات بأغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس ما يملكونه فى الدار ، وذلك ما لم يكن هناك نص فى القانون أو فى نظام الاتحاد يقضى بأغلبية أخرى لاتخاذ القرار •

والسند الشرعى لها أنها تتضمن قواعد تنظيمية تحدد الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرار •

(مادة ٨٧٠)

١ ـ تختص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بادارة واستغلال الأجزاء المشتركة من الدار ، وعلى الأخص وضع نظام يبين كيفية استعمال هذه الأجزاء وادارتها وتعديلها ، وبيع الدار او تجديدها فى حالة الهلاك ، وتوزيع النفقات بين الملاك • ويوضع هذا النظام بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء • ويسرى على جميع الملاك وخلفائهم سواء كان الخلف عاما او خاصا •

٢ ـ ولا يجوز ان يتضمن هذا النظام ما ينتقص من حقوق كل مالك كما هى محددة فى سندات الملك ، او من قدر الأغلبية المتطلبة لاتخاذ قرارات الجمعية العمومية •

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل المادة ٨٦٣ من التقنين الحالى ، والمادة ٢٠ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ •

فالمادة ٨٦٣ من التقنين الحالى تنص على مايأتى : « للاتحاد ان يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن ادارته » •

والمادة ٢٠ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ تنص على ما يأتى :

« تختص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بادارة واستغلال الاجزاء المشتركة من العقار ، ولها على الأخص ما يأتى :

١ ـ التصديق على نظام الاتحاد ، وتعديله كلما دعت الحاجة الى ذلك •

٢ ـ تعيين مأمور الاتحاد وعزله •

٣ ـ تقرير أجر مأمورى الاتحاد وتحديد هذا الاجرفىحالةتقريره•

٤ ـ الموافقة على اجراء تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار•

٥ ـ الموافقة على اجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليه زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه •

٦ ـ تحديد الشروط والتعويضات والالتزامات التى تفرض على الأعضاء •

٧ ـ تحديد الاجراءات اللازم اتخاذها لمواجهة حالة هلاك العقار بحريق أو بسبب آخر ، وتحديد ما يفرض علىَ الأعضاء من التزامات لتجديده •

٨ ـ تحديد الاشتراكات التى يؤديها الأعضاء لمواجهة مصاريف الاتحاد •

٩ ـ النظر فى الشكاوى والتظلمات التى تقدم من ذوى الشأن •

١٠ ـ تعيين حراس العقار «البوابين وغيرهم من العاملين به» وتحديد اجورهم ومكافآتهم ، ويجوز ان يفوض مأمور الاتحاد فى هذا الاختصاص

١١ ـ منح قروض للاعضاء لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم •

١٢ ـ تنظيم استخدام الاجزاء المشتركة فى العقار •

١٣ ـ اقرار الموازنة التقديرية للاتحاد •

١٤ ـ التصديق على الحساب الختامى للاتحاد •

١٥ ـ فض المنازعات التى تنشأ بين الأعضاء وبعضهم بسبب يتعلق بملكيتهم المشتركة فى العقار •

١٦ ـ تصفية الاتحاد عند انقضائه •

وقد رؤى أن يخص بالذكر فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة أهم ماتختص به الجمعية العمومية للاتحاد . اذ ان ماذكر من الأمور التى تختص بها الجمعية العمومية ، سواء فى هذه الفقرة أو فى المادة ٢٠ من قرار وزير الاسكان السالف ذكره ، لم يرد على سبيل الحصر، كما ان هذه الأمور وغيرها تشمها العبارة التى وردت فى صدر النص والتى تقضى باختصاص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بادارة وستغلال الاجزاء المشتركة فى الدار .

كذلك رؤى ان يكون وضع الجمعية العمومية لنظام الاتحاد باغلبية الملاك محسوبا على أساس قيمة الانصباء . وذلك نظرا الى ان هذا النظام لا يقتصر على أعمال الادارة المعتادة ، بل يشمل كذلك أعمال الادارة غير المعتادة كالتعديل فى الأجزاء المشتركة وتجديد البناء . كما نص على سريان هذا النظام على جميع الملاك وخلفائهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا . وسريان هذا النظام فى حق الخلف الخاص كان منصوصا عليه فى المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٣٢ / ٢) ، ولكن حذفته لجنة المراجعة دون ان تذكر سببا لحذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ١٧١) . وهو على كل حال تطبيق للقاعدة التى تقضى بسريان عقود السلف فى حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستزمات الشىء الذى انتقل الى الخلف الخاص (م ١٤٥ من المشروع) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة . وبمقتضاها لا يجوز أن يتضمن النظام الذى تضعه الأغلبية المذكورة قيودا على حقوق المالك التى حددها سند الملك ، سواء فى الأجزاء المفرزه أو المشتركة ، كان يفرض على المالك الا يستعمل شقته مكتبا أو الا يستعمل المصعد فى النزول .

وقد نصت المادة الثامنة فقرة ثانية من القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٦٥ على أنه لا يجوز أن تفرض فى النظام قيود على ملكية الأجزاء المفرزة أو المشتركة لايبرها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها. كذلك لايجوز أن يتضمن هذا النظام انتقاصا من قدر الأغلبية التى يتطلبها القانون فى القرارات التى يتخذها الجمعية العمومية ، كان يجيز اتخاذ قرار بأغلبية الحاضرين فى شأن تعلية الدار .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٥٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها انها تتضمن قواعد تنظيمية الهدف منها تحقيق مصالح معتبرة للملاك .

(مادة ٨٧١)

تكون قرارات الجمعية العمومية ملزمة لجميع الملاك . غير انه يجوز الطعن فيها امام القضاء خلال ثلاثين يوما تحسب من تاريخ صدور القرار بالنسبة الى من خالف منهم ، ومن تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول بالنسبة الى من تغيب . ولا يقف تنفيذ القرار الا بامر من المحكمة .

هذه المادة مستحدثة . وهى مستمدة من المادة ١١٣٧ من التقنين الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٢ .

وقد رؤى النص على حكمها لتوفير أكبر حماية ممكنة لمصالح الملاك الذين يضارون من قرار تصدره الجمعية العمومية ويكون منطويا على تعسف فى استعمال السلطة . فيكون على القاضى أن يتبين وجه المصلحة فى القرار المطعون فيه ، وأن يوازن بين المنفعة التى تعود على فريق من الملاك والضرر الذى يلحق بفريق آخر ، وأن يخلص من هذا التقدير الى الموافقة على القرار أو الغائه .

وهذا الحكم يقبله الفقه الاسلامى ، حيث تنهض به المبادىء العامة التى تحكم الشريعة الاسلامية ، فتقضى برعاية مصالح الناس ودفع الضرر عنهم .

(مادة ٨٧٢)

١ ـ للجمعية العمومية أن تقرر ماتراه من تعديل فى الأجزاء المشتركة ، وذلك باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، ويشرط أن يكون من شأن هذا التعديل تحسين الانتفاع بهذه الأجزاء دون الأضرار بأى من الملاك .

٢ ـ ولها ، بهذه الأغلبية ، ان تأذن فى اجراء أية أعمال أوتركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما تضعه الجمعية من شروط ، وما تفرضه من تعويضات والتزامات اخرى لمصلحة الملاك .

هذه المادة تقابل الشطر الثانى من المادة ٨٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « للاتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة ، أن يفرض أى تأمين مشترك من الاخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم ، وله أن يأذن فى اجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، ومايفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء » .

وتقابل المادة ٢٧ فقرة ثانية من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ التى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز احداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة فى العقار بغير موافقة الجمعية العمومية للاتحاد ولو عند تجديد البناء ، الا اذا كان التعديل يقوم به أحد الأعضاء على نفقته الخاصة ويكون من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالأعضاء الآخرين » .

وقد رؤى فى المادة المقترحة التمييز بين نوعين من الأعمال :
النوع الأول تتناوله الفقرة الأولى من هذه المادة ، وهو التعديل فى الأجزاء المشتركة التى تقرره الجمعية العمومية من تلقاء نفسها ، حيث يشترط فى هذا التعديل أن يكون من شأنه تحسين الانتفاع بهذه الأجزاء دون الاضرار بأى من الملاك . كان تستبدل بآلة رفع المياه آلة أخرى أقوى منها ، أو يستبدل بالانابيب الرئيسية التى تستقبل المياه انابيب أخرى أوسع منها .

والنوع الثانى تتناوله الفقرة الثانية ، وهو الاعمال أو التركيبات التى يطلبها أحد الملاك ويترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، كاقامة مصعد ، حيث يشترط أنتكون على نفقة من يطلبها من الملاك، وان تخضع لما تضعه الجمعية من شروط وما تفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الملاك .

وسواء فى هذا النوع أو ذاك ، فان القرار يجب أن يصدر باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، لأنه من ناحية يتضمن قواعد تنظيمية تهدف الى المحافظة على مصالح الملاك ، ومن ناحية أخرى يبين سلطة الجمعية العمومية للاتحاد فى تقرير القيام باعمال تعود بالنفع على هؤلاء الملاك .

(مادة ٨٧٣)

للجمعية العمومية ، باغلبية الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، ان تقرر اى تامين مشترك من الاخطار التى تهدد العقار او الملاك فى جملتهم .

هذه المادة تقابل الشطر الأول من المادة ٨٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « للاتحاد ، باغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة ، أن يفرض أى تامين مشترك من الاخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم ، وله أن ياذن فى اجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الملاك » .

وقد رؤى فى المادة المقترحة الاكتفاء بأن تكون الأغلبية المطلوبة لاصدار القرار هى أغلبية الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الانصباء. ذلك أن التامين من الخطر الذى يهدد العقار ، كالتامين من خطر الحريق أو الحرب أو أعمال العنف ، وكذلك التامين من الخطر الذى يهدد الملاك فى مجموعهم ، كالتامين من خطر الحوادث التى تنجم عن المصعد سواء كان تامينا من المسئولية أو تامينا من الاضرار ، يعتبر من أعمال الادارة المعتادة ، فتكفى فيه الأغلبية المذكورة .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، لأنه يبين سلطة الجمعية العمومية للاتحاد فى تقرير القيام باعمال تعود بالنفع على الملاك .

(مادة ٨٧٤)

للجمعية العمومية ، باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، ان تمنح احد الملاك قرضا لتمكينه من القيام بالتزاماته . ويكون هذا القرض مضمونا بامتياز على الطبقة او الشقة التى يملكها العضو وعلى حصته الشائعة فى الاجزاء المشتركة من العقار . وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده .

هذه المادة تقابل المادة ٨٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء ، لتمكينه من القيام بالتزامه ، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار .

٢ ـ وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده » .

وتقابل المادة ٢٩ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ التى تنص على ما ياتى :

« يجوز للجمعية العمومية للاتحاد أن تمنح قرضا لمن يعجز من الأعضاء عن دفع حصته فى نفقات تجديد العقار أو القيام بالتزاماته الناشئة عن اشتراكه فى ملكية الأجزاء المشتركة أو تلك الناشئة عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الأعضاء وذلك لتمكينه من أداء هذه الالتزامات.

ويكون هذا القرض مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة فى العقار ، وتحسب مرتبة الامتياز من يوم قيده وذلك طبقا لحكم المادة ٨٦٩ من القانون المدنى » .

وقد أضيف الى حكم هاتين المادتين بيان الأغلبية اللازمة لمنح أحد الملاك قرضا لتمكينه من القيام بالتزاماته ، وهى أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، لأن الاقراض يعتبر من أعمال التصرف .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٣٨) من مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ١٨٤ .

ويحبذ الفقه الاسلامى حكم المادة المقترحة فى تخويله الجمعية العمومية للاتحاد سلطة أقراض أحد الملاك لتمكينه من القيام بالتزاماته ، لأن القرض فى الشريعة الاسلامية لا يعتبر وسيلة من وسائل الكسب والربح المادى ، وانما هو وسيلة من وسائل التعاون على البر والمعروف ، وقربة يتقرب بها الى الله تعالى .

اما ان يكون هذا القرض مضمونا بامتياز على ما يملكه العضو ، فهذا من قبيل القواعد التنظيمية التى يقصد بها المحافظة على مصالح الملاك ، وهو ما يقره الفقه الاسلامى .

(مادة ٨٧٥)

للجمعية العمومية ، باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، أن تاذن فى تعلية الدار ، اذا كانت تتحمل التعلية ، ولم يكن فيها اضرار بشكل البناء او انتقاص كبير من انتفاع الطبقات السفلى بالضوء او الهواء .

هذه المادة مستحدثة . وهى تقابل الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١١٢٧ من التقنين الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٢ .

٢ ـ ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار اليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد اعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل » .

وقد نصت المادة ٢١ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ على ماياتى : « يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية ، ويجوز أن يتضمن قرار التعيين تحديد أجر له » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٧١ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن أحكامها من قبيل القواعد التنظيمية التى يقصد بها كفالة حسن سير العمل فى الاتحاد لصالح الملاك .

(مادة ٨٧٨)

يتولى المدير تنفيذ قرارات الجمعية العمومية للاتحاد والعمل على احترام نظامه والاشراف على أعماله فى النواحى الادارية والمالية وتنظيم الانتفاع بالاجزاء المشتركة واقتضاء انصبة الملاك فى النفقات والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وعليه ان يقدم الى الجمعية العمومية كل سنة حسابا على ادارته .

هذه المادة تقابل الشق الثانى من الفقرة الاولى للمادة ٨٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « ... وعلى المأمور اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسة بما يلزم لحفظ جميع الاجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله ان يطالب كل ذوى شان بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا مالم يوجد فى نظام الاتحاد مايخالفه » .

وتقابل المادتين ٢٢ و ٢٣ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ :

مادة ٢٢ ـ « اختصاصات المأمور :

يتولى مأمور الاتحاد :

(١) قيد الاتحاد مالم يكن قد سبق قيده .

(٢) تنفيذ قرارات الجمعية العمومية .

(٣) الاشراف على أعمال الاتحاد فى النواحى الادارية والمالية .

(٤) الاشراف على أعمال البوابين والحراس وغيرهم من العاملين بالعقار .

(٥) اعداد ميزانية تقديرية للاتحاد تشمل تحديد أوجه الانفاق المطلوبة خلال السنة المالية ومصادر التمويل المقترحة .

(٦) اقتراح الاشتراكات الشهرية أو السنوية التى يؤديها أعضاء الاتحاد لمواجهة مصروفاته .

(٧) اعداد حساب ختامى فى نهاية كل سنة مالية يبين فيه ما تم انفاقه من مصروفات الاتحاد وأوجه الانفاق .

(٨) تمثيل الاتحاد أمام الغير وأمام القضاء حتى فى مخاصمة أى من الاعضاء » .

مادة ٢٣ ـ « اختصاص المأمور فى الاحوال العاجلة :

لمأمور الاتحاد فى الاحوال العاجلة أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ويعرض الامر على الجمعية العمومية فى أول اجتماع تال لاقرار ماتم » .

وجميع مانصت عليه هاتان المادتان من واجبات تقع على عاتق مدير الاتحاد تشمله المادة المقترحة .

هذا ، وقد خولت المادة ٧٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الوحدة المحلية المختصة « تعيين مأمور مؤقت للاتحاد الى أن يتم اختياره أو تعيينه وفقا لأحكام القانون المدنى » . وبناء على ذلك حدد قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ اختصاصات المأمور المؤقت فى المواد ٣٣ و ٣٤ و ٣٥ من هذا القرار :

مادة ٣٣ ـ « المأمور المؤقت :

يتولى المأمور المؤقت سلطات مامورى الاتحاد الى أن يتم تعيينه ، وله على الاخص :

١ ـ اتخاذ اجراءات قيد الاتحاد فى الوحدة المحلية المختصة .

٢ ـ اعداد النظام القانونى للاتحاد .

٣ ـ دعوة أول جمعية عمومية للاتحاد للنظر فى :

(أ) التصديق على نظام الاتحاد .

(ب) تعيين مأمور للاتحاد » .

مادة ٣٤ ـ « اجراءات قيد الاتحاد :

على المأمور المؤقت أن يطلب من الوحدة المحلية المختصة قيد الاتحاد وذلك خلال اسبوعين من تاريخ تعيينه ، ويتضمن طلب القيد أوصاف العقار وأسماء الملاك وانصباءهم والبائع بالتقسيط ان وجد » .

مادة ٣٥ ـ « اجراءات استصدار نظام الاتحاد :

على المأمور المؤقت أن يدعو الجمعية للانعقاد خلال شهرين على الأكثر من تاريخ قيد الاتحاد وذلك للتصديق على نظام الاتحاد » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٧٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها ان حكمها يتضمن الواجبات التى تقع على عاتق مدير الاتحاد ، وهذا من شانه بيان مدى مسئولية مدير الاتحـاد ، الامر الذى يتفق مع مصلحة الملاك .

(مادة ٨٧٩)

يكون المدير فى مباشرة سلطاته نائبا عن الملاك ، وله حق التقاضى فى ذلك سواء أكان الخصوم من الغير من الملاك أنفسهم .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مخاصمة الملاك اذا اقتضى الامر » .

وتقابل البند ٨ من المادة ٢٢ من قرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ الذى يجعل من اختصاصات مأمور الاتحاد « تمثيل الاتحاد أمام الغير وامام القضاء حتى فى مخاصمة أى من الاعضاء » .

وبمقتضى النص المقترح فان المدير يعتبر نائبا عن الملاك بحكم القانون . فهو نائب قانونى لايحتاج الى توكيل من الملاك . ولما كان الاتحاد شخصا اعتباريا مستقلا عن أشخاص أعضائه ، فقد يقاضى الاتحاد شخصا من الغير ، وقد يقاضى أحد الأعضاء مطالبا اياه بتنفيذ التزاماته وقد يقاضيه أحد الأعضاء طاعنا فى قراراته ، وفى جميع هذه الاحوال يمثل المدير الاتحاد ويعتبر نائبا عن الملاك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٧٢ من التقنين الكويتى .

وأحكامها تقابلها قواعد الوكالة فى الفقه الاسلامى (م١٤٤٩ وما بعدها من المجلة) .

(مادة ٨٨٠)

١ — يجوز انشاء مجلس لادارة الاتحاد . فاذا لم ينص نظام الاتحاد على انشاء مجلس للادارة ، جاز للجمعية العمومية باغلبية الملاك محسوبة على اساس قيمة الانصباء ان تقرر انشاء هذا المجلس .

٢ — يتولى مجلس الادارة مساعدة المدير والرقابة على اعماله والقيام بما تكلفه به الجمعية العمومية . واذا نظر فى امر من امور الادارة ، كان قراره فيه ملزما للمدير .

هذه المادة مستحدثة . وهى مقتبسه من القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٦٥ .

ويتضح منها ان انشاء مجلس للادارة أمر جوازى . فوجود هذا المجلس يفيد كثيرا فى حسن الادارة اذا كان البناء كبيرا بحيث يشتمل على عدد كبير من الطبقات أو الشقق . وقد لا يلزم انشاؤه اذا كان البناء صغيرا .

فاذا نص نظام الاتحاد على انشاء مجلس للادارة ، وجب انشاء هذا المجلس . واذا لم ينص نظام الاتحاد على ذلك ، جاز للجمعية العمومية باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء ان تقرر انشاء هذا المجلس .

ويتولى مجلس الادارة المهام الآتية :

١ — فهو يساعد المدير ، فيبدى رايه فى الأعمال التى يختص بها المدير ، سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدير . كأن يبدى رأيه فى عقد يزمع المدير ابرامه مع مقاول أو محام ، أو يشير على المدير باتخاذ اجراء معين فى خصوص جزء من الاجزاء المشتركة كتركيب مصعد او تغيير نظام التكييف .

٢ — ويراقب اعمال المدير . فله فى سبيل ذلك أن يطلع على الأوراق المتعلقة بأعمال المدير ولاسيما دفاتر الحسابات . كما ان له ان يقدم تقريرا للاتحاد برأية فى اعمال المدير .

٣ — ويقوم بالأعمال التى يكلفه بها الاتحاد . كأن يفوضه الاتحاد فى اعتماد الحسابات التى يقدمها المدير .

٤ — واذا نظر فى أمر من أمور الادارة ، كان قراره فى هذا الامر ملزما للمدير ، فيتعين على المدير أن يتصرف وفقا لما قرره المجلس .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٨٧٤ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن أحكامها من قبيل القواعد التنظيمية التى تكفل حسن سير العمل فى الاتحاد ، وبالتالى تحقيق مصالح الملاك .

(مادة ٨٨١)

الاحكام المتعلقة باتحاد الملاك التى لم يرد ذكرها فى هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة والقرارات الصادرة وفقا لهذه القوانين .

هذه المادة مستحدثة .

وعلة ورودها أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شان تأجير وبيع الأماكن وتنظيم بين العلاقة بين المؤجر والمستاجر تناول إتحاد الملاك (م ٧٣ من القانون المذكور) ، واناط بوزير الاسكان والتعمير أن يصدر بقرار منه نظاما نموذجيا لهذا الاتحاد (م ٧٤ من القانون المذكور وقرار وزير الاسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩) ، وخول الوحدة المحلية المختصة رقابة الاتحاد والاشراف على اعماله (م ٧٥ من القانون المذكور وم٢ و٣ من اصدار القرار المذكور وم ١٢ و٣٦ من هذا القرار) . وقد عنى المشروع بالنص على الأحكام الأساسية فى هذا الشأن ، تاركا ماعداها من تفصيلات للقوانين الخاصة والقرارات الصادرة وفقا لهذه القوانين .

الفصل الرابع
أسباب كسب الملكية

الفرع الأول
كسب الملكية ابتداء
الاستيلاء

(مادة ٨٨٢)

من حاز منقولا مباحا بنية تملكه ، ملكه .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » .
وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :
١ - ادخل تعديل لفظى فى صدرها باستبدال عبارة « من حاز » بعبارة « من وضع يده » .

٢ - استبدلت عبارة « منقولا مباحا » بعبارة « منقولا لامالك له» . اذ أن مصطلح « منقول مباح » ، وهو مصطلح فقهاء الشريعة الاسلامية ، أصدق فى التعبير . ذلك أنه لا يكفى أن يكون المنقول لا مالك له حتى يصبح منقولا مباحا يتملكه من يحوزه ، حيث يرد على ذلك قيدان : الأول الا يكون تملك المنقول الذى لا مالك له ممنوعا بحكم القانون، كما لو منعت الدولة صيد نوع من الطيور أو الحيوانات ، فلا تعتبر هذه من المباحات ، ومن ثم لا يتملك من يصيد برغم المنع ما يصيده . والثانى ألا يكون فى حيازة المنقول الذى لا مالك له مساس بحق الغير ، كما لو كانت هناك أرض مملوكة لشخص ومنع الغير من الدخول فيها للصيد، فلا يتملك من يصيد فيها برغم هذا المنع . وفى هذا المعنى نصت المادة ١٢٥٧ من المجلة على ما يأتى : « الكلا النابت فى ملك شخص بدون تسببه ، وان يكن مباحا ، فلصاحبه منع الغير من الدخول فى ملكه» . بل ان المنقول قد يكون مملوكا ومباحا فى الوقت ذاته ، ومن ثم يمكن تملكه بالاستيلاء ، كما لو صرحت الدولة بالرعى أو الاحتطاب فى أراضيها، اذ تكون الأشجار والعشب قبل الاستيلاء ملكا للدولة تبعا لملكيتها للارض (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمادة ٨٧٥ من التقنين الكويتى) .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٠١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٩٣ و ١٩٤ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٧٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٩٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٧٦ من التقنين الأردنى .

واحكامها تتفق مع احكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٢٤٩ من المجلة على ما يأتى : «كل من أحرز شيئا مباحا كان مالكا له مستقلا مثلا لو أخذ واحد من نهر ماء بيده أو بوعاء كالعلبة ، فباحرازه وحفظه فى ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية أن ينتفع منه ، واذا أخذه آخر بدون اذنه واستهلكه فيكون ضامنا » . ونصت المادة ١٢٥٠ على ما يأتى : «يكون الاحراز مقرونا بالقصد لازم ....» ونصت المادة ١٢٥٠ على ما يأتى : « يحرز الكلأ بجمعه وحصده وتجريزه » . ونصت المادة ١٢٥٣ على ما يأتى : « يسوغ الاحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكل أحد كائنا من كان ، وبمجرد الاحتطاب يعنى بجمعها يصير مالكا لها والربط ليس بشرط » .

(مادة ٨٨٣)

١ - يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته.
٢ - وتعتبر الحيوانات غير الأليفة مباحة ما دامت طليقة . واذا أحرز حيوان منها ثم أطلق ، عاد مباحا اذا لم يتتبعه المالك فورا أو اذا كف عن تتبعه .

٣ - وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له، ثم فقد هذه العادة ، يصبح مباحا ما دام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه.

هذه المادة تقابل المادة ٨٧١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :
« ١ - يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

٢ - وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . واذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له اذا لم يتتبعه المالك فورا أو اذا كف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لامالك له » .

وقد عدلت عبارات هذه المادة وفقا لمصطلح «المنقول المباح» بدلا من عبارة « المنقول الذى لامالك له » اتساقا مع المادة السابقة (انظر ما تقدم ذكره عن هذا المصطلح تحت المادة السابقة) . كما أفردت فقرة ثالثة لما روض من الحيوانات .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٠٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٩٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٧٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٠٧٧ من التقنين الاردنى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ١١٠٤ من التقنين العراقى . وأحكامها تتمشى مع قواعد الفقه الاسلامى فى تملك الأشياء المباحة. انظر المادتين ١٢٤٩ و ١٢٥٠ من المجلة ، وقد تقدم ذكرهما .

(مادة ٨٨٤)

الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقى لمالك الشىء الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . واذا كان هذا الشىء موقوفا ، كان الباقى للواقف أو لورثته .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ – الكنز المدفون أو المخبوء الذى لايستطيع احد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته.

٢ – والكنز الذى يعثر عليه فى عين مدفونه يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته » .

وقد عدل حكم هذه المادة بان جعل خمس الكنز لمن يعثر عليه والباقى لمالك الشيء الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . واذا كان الشيء الذى وجد فيه الكنز موقوفا ، كان الباقى للواقف أو لورثته . كما استبدلت عبارة « الشيء الذى وجد فيه الكنز » بعبارة « العقار الذى وجد فيه الكنز » ، وذلك لكى تشمل كلمة « الشيء » العقار والمنقول . فقد يكون الكنز مخبوءا فى منقول ، كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب أو اخفيت قطع من النقود أو احجار ثمينة فى درج سرى من مكتب أو دولاب . واذا كان نص التقنين الحالى يفهم منه أن الكنز انما يوجد فى عقار ، فان الشارع لم يتناول فيه الا الحالة الغالبة . ويلاحظ أنه اذا كان الكنز مخبأ فى منقول ، فان المالك الذى يستحق فى الكنز يكون هو مالك هذا المنقول اذا لم يكن هو مالك العقار الذى يوجد فيه المنقول .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٧٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٠١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٧٨ من التقنين الأردنى .

ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين نوعين من الكنز : الأول هو الكنز الجاهلى ، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن فى الأرض قبل الاسلام . والنوع الثانى هو الكنز الاسلامى ، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن فى الأرض بعد ظهور الاسلام . وعلى أساس هذه التفرقة فى المذهب الحنفى نصت المادة ١٤٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « من وجد فى أرض من الأرض المباحة ، كالجبال والمفاوز ، كنزا مدفونا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية ، فله أربعة أخماسه وخمسة للحكومة . وان كان عليه نقش من النقوش الاسلامية ، فهو المالك الأرض التى وجد فيها ان ادعى ملكه والا فهو لقطة » .

(مادة ٨٨٥)

الحق فى صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية وما فى باطن الأرض من معادن تنظمه التشريعات الخاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« الحق فى صيد البحر والبر واللقطه والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » .

وقد أضيف الى النص الحالى الحق فى المعادن التى توجد فى باطن الأرض ، حيث ترد الأحكام المتعلقة بهذه المعادن فى تشريعات خاصة ، شأنها فى ذلك شأن الحالات الأخرى المذكورة فى النص . فتنظيم هذه الحالات جميعها يتطلب تفصيلات كثيرة ليس من المقبول اثقال التقنين المدنى بها ، فوق أن هذا التنظيم يرد عليه التعديل من وقت الى آخر فى ضوء الظروف المتغيرة ، الأمر الذى يتنافى مع الاستقرار الواجب لأحكام التقنين المدنى بقدر الامكان .

كذلك استبدلت عبارة « التشريعات الخاصة » بعبارة « لوائح خاصة » ، مراعاة لدقة التعبير وشموله .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٧٩ من التقنين الكويتى :

وتقابل المادة ١١٠٣ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٨٧٣ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٠٧٩ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٨٧٢ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٨ من مرشد الحيران على ما يأتى:

« اذا وجد فى أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التى تنطبع بالنار ، فانه يكون ملكا لمالك الأرض وعليه الخمس للحكومة . وان وجدت مملوكة لغير معين كأراضى الحكومة تكون كلها للحكومة » . ونصت المادة ١٥٠ على ما يأتى : « الصيد مباح برا وبحرا ويجوز اتخاذه حرفة » .

انظر أحكاما تفصيلية للصيد فى المواد ١٢٩٢ – ١٣٠٧ من المجلة .

(مادة ٨٨٦)

١ – العقارات التى لامالك لها تكون ملكا للدولة .

٢ – ولا يجوز ان تترتب عليها حقوق لأشخاص طبيعيين او اعتباريين الا وفقا لأحكام القوانين الخاصة بها .

كانت المادة ٨٧٤ من التقنين الحالى تنص على ما يأتى :

« ١ – الأراضى غير المزروعة التى لامالك لها تكون ملكا للدولة .

٢ – ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها الا بترخيص من الدولة وفقا للوائح .

٣ – الا أنه اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك » .

ويقصد بهذه الأراضى غير المزروعة التى لامالك لها من الأفراد ، الأراضى الموات ، أى أراضى الصحارى والجبال التى لا تمارس الدولة عليها سلطات المالك لكونها لا تدخل فى زمام المدن والقرى ، وانما تكون سلطة الدولة عليها سلطة سيادة . ولذلك لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . وبموجب المادة ٧٦ من هذا القانون الغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى المذكورة . فلم يعد هناك مجال

فى القانون المصرى لتملك الأرض بالاستيلاء المصحوب بالتعمير على النحو المذكور فى الفقرة المحذوفة .

وبموجب هذا القانون أصبحت العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة تشمل ما يأتى : (١) الأراضى الزراعية : وهى الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين التى تكون مزروعة بالفعل ، وكذلك أراضى طرح النهر وهى الأراضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه . (٢) الأراضى البور : وهى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين . (٣) الأراضى الصحراوية : وهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار اليها سواء كانت مزروعة بالفعل او غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة (م٢ من القانون) . (٤) الأراضى الفضاء والعقارات المبنية .

وبذلك أصبحت الأراضى الصحراوية من الاموال المملوكة للدولة ملكية خاصة على خلاف ما كان مقررا من قبل .

وقد نصت المادة ١/٤٧ من هذا القانون على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة التى تسرى عليها أحكام هذا القانون الا وفقا لهذه الأحكام » . وهذا القانون يجعل الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات هو الشراء بطريق التوزيع أو الممارسة أو المزاد العلنى وفقا لشروط خاصة (م ٣ من القانون) .

كذلك تعتبر التركات التى لاوارث لها من أموال الدولة الخاصة . فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث على أنه « تؤول الى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتى يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم » . ومن هذا فان أموال هذه التركات لا تعتبر أموالا مباحة ، فلا يجوز تملكها بالاستيلاء ، لأن الدولة تملكها بمجرد وفاة المالك بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .

ويخلص من كل ما تقدم أنه لم يعد يجوز فى القانون المصرى تملك العقار بالاستيلاء .

غير أن هناك تفكير فى اعادة حكم الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ من التقنين الحالى بغية التشجيع على تعمير الصحارى والاستفادة منها .

وفى ضوء كل هذا وضعت المادة المقترحة . فبمقتضى الفقرة الأولى منها تكون العقارات التى لامالك لها من اشخاص القانون الخاص ملكا للدولة ، حيث تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة . ويشمل حكمها الأراضى المزروعة ، والأراضى غير المزروعة ، والأراضى البور والأراضى الموات أى الصحارى والجبال . كما يشمل الأراضى الفضاء والعقارات المبنية .

وازاء ما تقدم ذكره ، ونظرا الى أن الحقوق التى تترتب للاشخاص الطبيعيين او الاعتباريين على العقارات المملوكة للدولة تتغير أحكامها من وقت الى آخر فى ضوء ظروف المجتمع ، رؤى أن يترك تنظيم هذه الحقوق للقوانين الخاصة بها . حيث أنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة المقترحة لا يجوز أن تترتب على العقارات المملوكة للدولة حقوق لأشخاص القانون الخاص سواء كانوا اشخاصا طبيعيين او اعتباريين الا وفقا لأحكام القوانين الخاصة بهذه العقارات .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٧٨ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٠٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٠٨٠ – ١٠٨٤ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى يجوز تملك الأراضى الموات بالاستيلاء اذا حازها الشخص واحياها باذن من ولى الأمر . ويكون احياء الأرض بزرعها أو غرسها أو البناء عليها ، وليس بتحجيرها .

فقد نصت المادة ١٤٧ من مرشد الحيران على ما ياتى : « الأراضى الموات أى المباحة التى لا ينتفع بها وليست فى ملك أحد تكون ملكا لمن وضع يده عليها وأحياها باذن ولى الأمر ... فمن أذن له باحياء ارض موات وأحياها بان زرعها أو غرس أو بنى فيها ، فقد ملكها ولا تنتزع منه ... » .

ونصت المادة ١٢٧٢ من المجلة على ما يأتى : « اذا احيى شخص ارضا من الأراضى الموات بالاذن السلطانى صار مالكا لها ... » . ونصت المادة ١٢٧٥ على ما ياتى : « كما أن البذر والنصب احياء للأرض ، كذلك الحرث والسقى أوشق جدول لأجل السقى ايضا احياء » . ونصت المادة ١٢٧٧ على ما ياتى : « وضع الاحجار أو الشوك أو أغصان الأشجار اليابسة محيطة بجوانب الأراضى الأربعة أو تنقية الحشيش منها أو احراق الشوك أو حفر البئر ليس باحياء ولكنه تحجير » . ونصت المادة ١٢٧٩ على ما ياتى : « اذا حجر شخص محلا من الأراضى الموات ، فيكون أحق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين ، فاذا لم يحيه الى ثلاث سنين لايبقى له حق

ويجوز ان يعطى لغيره على أن يحييه » . ونصت المادة ١٢٨٠ على ما ياتى : « من حفر بئرا فى الأرض الموات باذن السلطان ، فهو ملكه » . (انظر المواد من ١٢٧٠ الى ١٢٨٠ من المجلة) .

الفرع الثانى

كسب الملكية ما بين الاحياء

(١) الالتصاق

الالتصاق الطبيعى بالعقار

(مادة ٨٨٧)

الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك الذين الصقت بارضهم .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩١٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى: « الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وقد استبدلت فى نهاية هذه المادة عبارة « للملاك الذين التصقت بارضهم » بعبارة « للملاك المجاورين » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٣ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٠٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١١٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١١٣١ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع أحكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٢٤٠ من المجلة على ما يأتى : « النهر اذا جاء بطين الى أرض أحد فهو ملكه لايسوغ لآخر ان يتعرض له » .

(مادة ٨٨٨)

١ ـ الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة .

٢ـ ولايجوز التعدى على أرض البحر الا لاعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر .

هذه المادة تطابق المادة ٩١٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٣٠٩و٣١٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١١٥ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١١٣٥ من التقنين الاردنى .

واحكامها تتسق مع قواعد الفقه الاسلامى فى الأشياء المباحة وغير المباحة . انظر المواد ١٢٣٤ الى ١٢٤٠ من المجلة .

(مادة ٨٨٩)

ملاك الاراضى الملاصقة للمياه الراكدة ، كمياه البحيرات والبرك . لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياة من اراض ، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه .

هذه المادة تطابق المادة ٩٢٠ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١١٥ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١١٣٥ من التقنين الاردنى .

واحكامها تتسق مع قواعد الفقه الاسلامى فى الاشياء المباحة وغير المباحة . انظر المواد من ١٢٣٤ الى ١٢٤٠ من المجلة .

(مادة ٨٩٠)

الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر التى تتكون فى مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها .

هذه المادة تطابق المادة ٩٢١ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٣٠٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١١٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١١٣٣ من التقنين الاردنى .

واحكامها تتسق مع قواعد الفقه الاسلامى فى الاشياء المباحة وغير المباحة . انظر المواد من ١١٢٤ الى ١٢٤٠ من المجلة .

الالتصاق الصناعى بالعقار

(مادة ٨٩١)

كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس ، يعتبر من عمل صاحب الأرض اقامه على نفقته ويكون مملوكا له ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٩٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ كل ما على الارض او تحتها من بناء او غراس او منشآت اخرى ، يعتبر من عمل صاحب الارض اقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

٢ ـ ويجوز مع ذلك ان يقام الدليل على ان اجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل او خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها » .

وقد أدخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى طفيف ، واضيفت فى نهايتها عبارة « ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » ، لان الافتراض المذكور فيها فيما يتعلق بعبء الاثبات يقبل الدليل العكسى .

وحذفت الفقرة الثانية منها لأنها لاتستوعب كل الفروض التى يمكن فيها اقامة الدليل على عكس الافتراض المذكور فى الفقرة الأولى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١١١٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٨٨٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٣٧ من التقنين الأردنى .

والسند الشرعى لها أن حكمها مبنى على قاعدة الاستصحاب التى نصت عليها المادة الخامسة من المجلة فقالت : « الاصل بقاء ما كان على ما كان » . ويتصل بذلك ما نصت عليه المادة ٧٧ من المجلة التى تقول : « البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل » .

(مادة ٨٩٢)

١ ـ يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو منشآت اخرى أو غراس بمواد مملوكة لغيره ، اذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون ان يلحق هـذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد انها اندمجت فى الأرض .

٢ ـ فاذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها وقت التصاقها بالأرض . واذا استرد المواد مالكها ، فان نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض . ولمالك المواد فى الحالين الحق فى التعويض ان كان له وجه .

هذه المادة تقابل المادة ٩٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ـ يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، اذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت .

٢ ـ فاذا تملك صاحب الأرض المـواد ، كان عليه أن يدفـع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه . أما اذا استرد المواد صاحبها ، فان نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » .

وقد أدخـل على الفقرة الأولى من هذه المـادة تعـديل لفظى . واستبدلت كلمه « الأرض » فى نهايتها بكلمة « المنشآت » .

وعدلت الفقرة الثانية ببيان الوقت الذى يعتد به فى تقـدير قيمة المواد ، وهو وقت التصاقها بالأرض . كما أضيفت فى نهايتها عبارة تفيد ان مالك المـواد يكون له الحق فى التعويض ، سـواء فى حالة تملك صاحب الأرض المواد أو فى حالة نزعها .

انظر المذكـرة الايضاحيـة للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٨) فى مجموعة الأعمـال التحضـيرية ج ٦ ص ٣٣٠ .

والمـادة المقترحة تطابق المـادة ٨٨١ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٣٩ من التقنين الأردنى .

وتقابل المـادة ١١١٨ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٩٩ من المجلة على ما يأتى :

« اذا غير الغاصـب المـال المغصـوب بحيث يتبدل أسـمه ، يكون ضامنا ويبقى المال المغصوب له . مثلا لو كان المال المغصوب حنطة جعلها الغاصب بالطحن دقيقا ، يضمن قيمة الحنطة ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها فى أرضه يكون ضامنا للحنطة ويكون المحصول له » .

(مادة ٨٩٣)

اذا احدث شخص ، بمواد من عنده ، بناء أو منشآت اخرى أو غراسا على ارض يعلم انها مملوكه لغيره وأن ليس له الحق فى احداث تلك المنشـآت عليها ، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطـا جسيم ، كان لصاحب الأرض ان يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أحدثها مع التعويض ان كان له وجه، وذلك فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه باحداثها، فان لم يطلب الازالة ، أو طلب استبقاء المنشآت ، التزم بدفع قيمتها مستحقة الازالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد بسببها فى قيمة الأرض .

هذه المادة تقابل المادة ٩٢٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ـ اذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنهـا مملوكة لغيره دون رضاء صـاحب الأرض ، كان لهذا ان يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجـه ، وذلـك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢ ـ ويجوز لمن أقام المنشـآت أن يطلب نزعها ان كان ذلك لايلحق بالأرض ضررا ، الا اذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المـادة فيما يتعلق بتحديد معنى سوء النية . فمن أحدث منشـآت على أرض غيره يعتبر سىء النية اذا كان يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وأن ليس له الحق فى احداث المنشآت عليها . ويعدل هذا ان يكون من أحـدث المنشآت جاهلا لحقيقة هذا الوضع اذا كان جهله ناشئا عن خطأ جسيم . فقد سوى المشروع بين علم من احدث المنشآت بان ليس له الحق فى احداثها وبين جهله لذلك اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

كما أدخلت عليها تعـديلات لفظيـة على النحـو الوارد فى المـادة المقترحة .

وحذفت الفقرة الثانية من هذه المـادة لانها تجعل حق من أحـدث المنشآت فى طلب الازالة رهينا فى نتيجته بما يشاؤه صـاحب الأرض، بحيث يمكن لهذا ان يعطل ذلك الحق باختيار استبقاء المنشآت . وبذلك يقتصر أثرها على أن من أحدث المنشآت يستطيع بطلب نزعها أن يحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه . ولكن رئى فى المشروع أن تتـاح للمالك بهذا الحذف الفرصة فى التدبر خلال سنة ليقرر ما اذا كان يطلب ازالة المنشآت أو استبقاءها .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣٠ و ٣٣١

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ١١١٩ و ١١٢٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادتين ١١٣٨ و ١١٤٠ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١/٩٠٦ من المجلة على ما ياتى :

« ان كان المغصوب أرضا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا ، يؤمر الغاصب بقلعهما . وان كان القلع مضرا ، فللمغصوب منه انه يعطى قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض ... » .

انظر القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٧ . القواعد الفقهية لابن رجب ص ١٥٤ و ١٥٥ .

(مادة ٨٩٤)

١ - اذا كان من احدث البناء او المنشآت الاخرى او الغراس المشار اليها فى المادة السابقة قد احدثها بترخيص من صاحب الأرض ، أو كان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى احداثها ، **فلا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب الازالة ، وانما يكون له الخيار بين ان يدفع قيمة المواد واجرة العمل او ان يدفع مبلغا يساوى مازاد فى قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت . هذا ما لم يطلب من احدث المنشآت نزعها وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا .**

٢ - غير انه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له ان يطلب تمليك الأرض لمن احدث المنشآت نظير مقابل عادل .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ من التقنين الحالى .

فالمادة ٩٢٥ تنص على ما ياتى :

« ١ - اذا كان من اقام المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى اقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الازالة ، وانما يخير بين ان يدفع قيمة المواد وأجرة العمل او ان يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا مالم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

٢ - الا انه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض ان يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن اقام المنشآت نظير تعويض عادل » .

والمادة ٩٢٦ تنص على ما ياتى : « اذا أقام اجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك اذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت ان يطلب ازالتها . ويجب عليه ، اذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، ان يؤدى اليه احدى القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من المادة السابقة » .

هاتان المادتان ادمجتا فى مادة واحدة هى المادة المقترحة ، اذ ان حكمهما واحد .

وفى الفقرة الأولى من المادة المقترحة ادخلت تعديلات لفظية ، كما اضيف فى نهايتها ما يفيد انه اذا طلب من أحدث المنشآت نزعها ، فانه يشترط لذلك الا يلحق بالأرض ضرر من هذا النزع . وهذا الحكم ماخوذ به فى ظل النص الحالى طبقا لمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق .

ويلاحظ انه بهذا الدمج بين المادتين المذكورتين أصبح حكم الفقرة الثانية فى المادة المقترحة ساريا ، ليس على حالة احداث المنشآت بحسن نية فحسب كما هو الحال فى التقنين الحالى ، بل ايضا على حالة احداث المنشآت بترخيص من صاحب الأرض . ففى كلتى هاتين الحالتين ، اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أحدث المنشآت نظير مقابل عادل . حيث يكون المعيار ذاتيا ، فتكون العبرة فيه بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيا . فاذا كان يرهقه أن يؤدى لمن أحدث المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق ، ان يطلب تمليك الأرض ان أحدث المنشآت ، على ان يدفع له مقابلا عادلا . والمقصود بالنص على المقابل العادل الا يتقيد القاضى بقيمة الأرض ، وانما يراعى كافة الظروف التى تحيط بالحالة المعروضة عليه .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٦٠ و ١٣٦١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣١

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ١١٢٠ و ١١٢١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ١١٤١ و ١١٤٢ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٩٠٦ من المجلة على ما ياتى :

« أن كان المغصوب أرضا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا ، يؤمر الغاصب بقلعهما . وان كان القلع مضرا ، فللمغصوب منه أن يعطى قيمته مستحق القلع ويضبط الارض . ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض ، وكان انشأ أو غرس بزعم سبب شرعى ، كان حينئذ لصاحب البناء او الأشجار أن يعطى قيمة الأرض ويتملكها . مثلا لو أنشأ أحد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف أزيد من قيمة العرصة ، ثم ظهر لها مستحق ، فالبانى يعطى قيمة العرصة ويضبطها » .

انظر : القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٧ . القواعد الفقهية لابن رجب ص ١٥٤ و ١٥٥

(مادة ٨٩٥)

يجوز للمحكمة ، بناء على طلب من يلتزم بالتعويض او المقابل وفقا لأحكام المادتين السابقتين ، ان تقرر ما تراه مناسبا للوفاء بما تحكم به . ولها بوجه خاص ان تحكم بان يكون الوفاء على اقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية .

هذه المادة تقابل المادة ٩٢٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة » .

وقد رؤى ، بدلا من الاحالة على نص آخر ، ان يذكر الحكم المقصود فى المادة المقترحة . فللمحكمة ، بناء على طلب المدين بالتعويض

أو المقابل ، أن تقرر ما تراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض أو المقابل . ولها بوجه خاص أن تقسط هذا التعويض أو المقابل ، فيكون الوفاء به على أقساط دورية فى مواعيد تحددها المحكمة . كما ان لها أن تؤجل دفع ما تحكم به ، فيدفعه المدين به جملة واحدة فى ميعاد تحدده المحكمة . وسواء فى هذه الحالة أو فى تلك ، فانه يجب على المدين أن يقدم الضمانات الكافية للوفاء بما عليه ، كان يقدم رهنا أو كفالة عينية أو شخصية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٨٤ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع مبادىء الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى الآية الكريمة : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

(مادة ٨٩٦)

اذا كان صاحب الأرض ، وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة أن تقضى بتمليكه الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : «اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رات محلا لذلك ان تجبر صاحب هذه الأرض على ان ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية ، واضيفت كلمة « صغير » بعد كلمة « جزء » ليكون ذلك دليلا على حسن النية . واستبدلت عبارة « مقابل عادل » فى نهاية النص بعبارة « تعويض عادل » . والمقصود بالنص على المقابل العادل الا يتقيد القاضى بقيمة الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، وانما يراعى كافة الظروف التى تحيط بالحالة المعروضة عليه .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٦٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣٢ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٨٨٥ من التقنين الكويتى .

وحكمها يتفق مع قواعد الفقه الاسلامى . فقد تقدم أن المادة ٩٠٦ من المجلة تنص فى شطرها الأخير على ما يأتى : « ... ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض ، وكان انشا أو غرس بزعم سبب شرعى ، كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطى قيمة الأرض ويتملكها ... » .

(مادة ٨٩٧)

١ ــ اذا احدث شخص بناء أو منشآت أخرى أو غراسا على أرض غيره ، بمواد مملوكة لشخص ثالث ، كان لمالك المواد أن يرجع بالتعويض على من أحدث هذه المنشآت ، كما له أن يرجع على صاحب الأرض بما لا يزيد عما بقى فى ذمته من قيمة هذه المنشآت .

٢ ــ واذا كان من احدث البناء أو المنشآت أو الغراس حسن النية ، كان لمالك المواد أن يطلب نزعها اذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها ، وانما يكون له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد عما هو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة . وحذفت منها العبارة التى تقول : « فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها » بسبب استحداث الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

واستحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، حيث نص على أنه « اذا كان من أحدث البناء أو المنشآت او الغراس حسن النيه ، كان لمالك المواد ان يطلب نزعها اذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا » . ذلك أنه اذا كان من أحدث المنشآت حسن النية ، فانه يكون له وفقا للمادة ٨٩٤ أن يطلب نزعها ، وبالتالى يستطيع مالك المواد وفقا للقواعد العامة ان يطلب نزعها بالدعوى غير المباشرة . وبالاضافة الى ذلك رؤى اعطاء مالك المواد دعوى مباشرة يطلب بها نزع هذه المواد ، وهو حكم ليس لصاحب الأرض أن يتضرر منه ما دام أن من أحدث المنشآت يستطيع طلب نزعها (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمادة ٨٨٦ من التقنين الكويتى) .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٦٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣١ و٣٣٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٨٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٢٢ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٩٣٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١١٤٣ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ٩٣٠ من التقنين المصرى الحالى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٩٠٦ من المجلة ، وقد تقدم ذكرها . وانظر القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٧ . القواعد الفقهية لابن رجب ص ١٥٤ و ١٥٥

(مادة ٨٩٨)

المنشآت الصغيرة ، كالاكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، تكون ملكا لمن اقامها .

هذه المادة تطابق المادة ٩٢٩ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٦٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة التى تنص عليها المادة الثانية من المجلة فتقول : « الامور بمقاصدها ، يعنى ان الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ماهو المقصود من ذلك الأمر » . والمنشآت الصغيرة التى أشارت اليها المادة المقترحة انما اقيمت دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، ولهذا تظل ملكا لمن أقامها، استثناء من احكام الالتصاق .

التصاق المنقول بالمنقول

(مادة ٨٩٩)

اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما .

هذ المادة تطابق المادة ٩٣١ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١١٤٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٨٨٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٢٥ من التقنين العراقى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٦٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٣٥ .

وأحكام المادة المقترحة يقرها الفقه الاسلامى . ومن تطبيقاته فى هذا الصدد ما نصت عليه المادة ٩٠٢ من المجلة حيث تقول : « لو خرج ملك احد من يده بلا قصد ، مثلا .. اذا سقط من يد احد لؤلؤ قيمته خمسون والتقطته دجاجة قيمتها خمسة ، فصاحب اللؤلؤ يعطى الخمسة ويأخذ الدجاجة » .

(٢) التصرف القانونى

(مادة ٩٠٠)

تكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالتصرف القانونى ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه طبقا للمادة ٢١٩ ، وذلك مع مراعاه النصوص التالية .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى: تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – استبدلت كلمة « تكسب » فى بداية المادة بكلمة « تنتقل » ، لأن الحق ينتقل اذا كان حق ملكية ، وينتقل او ينشأ اذا كان حقا غير الملكية ، ومن ثم تكون كلمة « تكسب » هى التى تستوعب هاتين الصورتين .

٢ – استبدلت عبارة « التصرف القانونى » بكلمة «العقد» لأن الحكم لا يقتصر على العقد بل يشمل كذلك التصرف الذى ينعقد بارادة واحدة .

٣ – استبدلت عبارة «اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه » بعبارة « متى ورد على محل للمتصرف » . وذلك لأن محل التصرف ليس هو الشىء المعقود عليه ، وانما هو العملية القانونية المقصودة من التصرف ، وهى نقل الملكية أو حق عينى آخر . ولابراز أن يكون الشىء المعقود عليه معينا بالذات ، حتى ينتقل الحق فور التصرف اذا كان هذا الشىء منقولا. ولبيان أنه يشترط لانتقال الحق أن يكون المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، اذ لا يلزم لذلك أن يكون المتصرف مالكا للشىء المعقود عليه اذا كان غير المالك كما لو كان صاحب حق انتفاع .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٨٨٨ و ٨٨٩ / ١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٢٦ / ١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٤٦ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى ينتقل الحق بالعقد فور ابرامه . فقد نصت المادة ٧٤ من مرشد الحيران على ما يأتى : « ينتقل ملك العين المبيعة للمشترى بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذا لازما سواء كانت عقارا أو منقولا » .

(مادة ٩٠١)

اذا كان المعقود عليه منقولا معينا بنوعه ، فلا يكسب الحق فيه الا بافرازه طبقا للمادة ٢٢٠ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥ » .

وتتفق مع المادة ١١٤٧ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٨٨٩ / ١ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن حكمها تقضى به طبيعة الأشياء . فالحق العينى لا يقوم الا على شىء معين بالذات ، وهذا يقتضى افراز المنقول المعين بنوعه حتى يقوم الحق العينى عليه .

(مادة ٩٠٢)

اذا كان المعقود عليه عقارا ، فلا تكسب الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، الا اذا روعيت الأحكام المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو الأحكام المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى بحسب الأحوال .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — فى المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، الا اذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى .

٢ — ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة . فاستبدلت عبارة « اذا كان المعقود عليه عقارا » بعبارة « فى المواد العقارية » . واستبدلت عبارة « فلا تكسب الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى » بعبارة « لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى » ، لكى يكون الكسب شاملا لنقل الحق أو انشائه كما سبق القول . وأضيف اليها وجوب مراعاة الأحكام المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى ، فيكون الحكم وفقا للقانون المطبق فى القسم المساحى الذى يوجد به العقار المعقود عليه ، فان كان هو قانون الشهر العقارى روعيت أحكامه فيما يتعلق بانتقال الحق ، وان كان هو قانون السجل العينى روعيت أحكامه فى هذا الانتقال . ذلك أن قانون السجل العينى ، وان كان قد صدر برقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، الا أنه لم يبدأ العمل به الا فى نطاق محدود وسيبقى قانون الشهر العقارى معمولا به زمنا طويلا حتى يتيسر ادخال نظام السجل العينى تدريجيا على فترات متعاقبة بالقدر المستطاع .

وحذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لعدم لزومها .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٨٩٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٤٨ من التقنين الأردنى . وتقابل المادة ١١٤٩ من هذا التقنين .

وتقابل المادتين ١١٢٦ / ٢ و ١١٢٧ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى ينتقل الحق بالعقد فور ابرامه دون حاجة الى أى اجراء آخر (أنظر المادة ٧٤ من مرشد الحيران ، وقد تقدم ذكرها) . ومع ذلك فان اشتراط التسجيل أو القيد لكسب الحق العقارى له سنده الشرعى ، لأن هدفه حماية مصالح المتعاملين فى العقار ، والقاعدة الشرعية أن « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (م ٨٥ من المجلة) .

(٣) الشفعة

نظرة عامة :

الشفعة هى حق الحلول فى البيع محل المشترى . ونظامها مستمد من الفقه الاسلامى . وسندها ما رواه جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد جاء فى البخارى عن جابر قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

والشفعة ، اذ تؤدى الى تمليك المبيع للشفيع جبرا عن المشترى ، تعتبر قيدا على حرية التعامل . فهى تثبت فى الفقه الاسلامى على خلاف الأصل والقياس ، وانما يأخذ بها هذا الفقه دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالمبيع .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون فى تحديد صور الاتصال التى تجيز الأخذ بالشفعة . ففى المذهب الحنفى ، وهو ما أخذت به المجلة ، « أسباب الشفعة ثلاث : الأولى أن يكون مشاركا فى نفس المبيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا . والثانى ان يكون خليطا فى حق المبيع كاشتراك فى حق الشرب الخاص والطريق الخاص . والثالث أن يكون جارا ملاصقا » (م١٠٠٨ من المجلة) . أما الشافعية والمالكية والحنابلة فلم يثبتوا الشفعة لا للخليط ولا للجار .

وقد كان بقاء الشفعة سببا لكسب الملكية محلا لمناقشات طويلة بين أعضاء اللجنة التى عهداليها بوضع مشروع الشفعة المصرى ، ولكن استقر الرأى على ابقائها « لاعتبارات تاريخية ، ولان هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا الى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع الى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة » . (المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٤٣) .

والواقع أن للشفعة فوائدها الاقتصادية فى معظم حالاتها . فثبوتها فى حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدى الى ضم ما تفرق من حق الملكية ، فتجتمع للمالك سلطاته على الشىء . وثبوتها فى حالة بيع الشريك حصته لاجنبى يؤدى الى انهاء الشيوع . وهذان امران مرغوب فيهما من الناحية الاقتصادية .

أما ثبوت الشفعة للجار (والخليط) ، فلم يعد مستساغا فى الوقت الحاضر . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار فى المعاملات ، ولا يبررها الا اعتبار اشد خطرا منها . ولم يعد للجوار فى الوقت الحاضر ذات الخطر الذى كان له فى الماضى . بل أنه حتى فى الماضى لم يكن سببا للأخذ بالشفعة فى أكثر مذاهب الفقه الاسلامى . فلم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المسلمين سوى اصحاب المذهب الحنفى . اما الجمهور الأعظم من هؤلاء الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر ، فقد اجتمعت كلمتهم على أن الشفعة لاتثبت للجار . وفضلا عن ذلك فان الجوار كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية والتوسع فى التملك على حساب صغار الملاك ، وهو ما يتعارض مع الاتجاه الحديث الذى يأبى قيام الملكيات الكبيرة .

ومن ناحية أخرى ، فان حق الاسترداد الذى نظمه الشارع فى التقنين الحالى (م ٨٣٣) مستمدا اياه من القانون الفرنسى ، هو فى حقيقته شفعة . فهو عبارة عن حق الشريك فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال فى أن يحل محل المشترى للحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لاجنبى . وهو أحد طريقين اراد بهما الشارع فى التقنين الحالى أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبى بينهم فى الشيوع . والطريق الثانى هو الشفعة . ولكل من الحقين نطاقه الذى يباشر فيه . فحق الاسترداد لايكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى منقول معين أو فى مجموع من المال ، وحق الشفعة لا يكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى عقار معين . ومن ثم فهذان الحقان من طبيعة واحدة ويتفقان فى المبررات التى تدعو اليهما فى الشيوع ، الأمر الذى يقتضى الجمع بينهما فى نطاق الشفعة ، وذلك باجازة الشفعة فى المنقول أسوة بالعقار.

واذا كان جمهور الفقه الاسلامى يرى قصر الشفعة على العقار، فثمة من يرى جوازها فى المنقول . حيث يذهب المالكية الى ثبوت الشفعة فى بعض المنقولات كالسفينة . ويرى الحنابلة قصر الشفعة على العقار فى رواية ، ويجيزوها فى العقار وفى المنقول فى رواية أخرى . ويجيز الظاهرية الشفعة فى العقار والمنقول على السواء . ولو أننا وقفنا عند الحكمة من تقرير الشفعة فى الشيوع ، سواء كان ذلك لمنع الاجنبى من الدخول بين الشركاء أو لفتح الطريق أمام انهاء الشيوع ، لما كان هناك داع للتفرقة فى هذا الصدد بين العقار والمنقول .

وفى ضوء ما تقدم فقد رؤى فى المشروع الأخذ بالمبداين الآتيين :

الأول : تقرير الشفعة فى العقار والمنقول على السواء. وبذلك يستغنى عن أحكام استرداد الحصة المبيعة فى المنقول الشائع أو المجموع من المال المملوك على الشيوع .

والثانى : الغاء الشفعة بسبب الجوار .

(مادة ٩٠٣)

١ ـ الشفعة هى حق الحلول فى البيع محل المشترى ، فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

٢ ـ والحق فى الشفعة ينتقل بالميراث .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية » .

وكانت هذه المادة فى المشروع التمهيدى (م ١٣٨٢) تنص على ما يأتى :

« ١ ـ الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشترى اذا وقع البيع على عقار ، فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية .

٢ ـ والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وانما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ فى استعماله » .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة ومحاضر اللجنة التى عهد اليها باعداد مشروع الشفعة ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٤٥ ــ ٣٥٧

وقد رؤى أن تعرف الشفعة فى النص المقترح بأنها حق الحلول فى البيع محل المشترى ، لأنها أكثر من مجرد رخصة فى التملك ، اذ هى حق الشخص فى أن يتملك .

ولم يقصر النص حق الشفيع فى الحلول على بيع العقار ، بل ذكر الحلول فى البيع باطلاق ، لأن الشفعة جعلت فى العقار والمنقول على السواء كما سبق البيان . وبذلك استغنى عن أحكام استرداد الحصة المبيعة فى المنقول الشائع أو المجموع من المال المملوك على الشيوع .

وأضيفت فقرة ثانية تنص على أن الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ٨٩١ و ٩٠٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادتين ١١٢٨ و ١١٣٣ / ٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادتين ١١٥٠ و ١١٥٨ من التقنين الاردنى .

والتعريف المقترح يتفق مع تعريف الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٥١ من مرشد الحيران على ما يأتى : « الشفعة هى حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن » . ووفقا لهذا التعريف فان الرأى السائد فى الفقه الاسلامى يقصر الشفعة على العقار ، كما هو حكم التقنين الحالى .

أما انتقال حق الشفعة بالميراث ، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فقد اختلف فيه الفقه الاسلامى . حيث ذهب الشافعى ومالك الى أن الحق فى الشفعة يورث . فقد جاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٨٣) ، وهو من كتب الفقه الشافعى : وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه فى الشفعة الى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد فى العيب . وجاء فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) ، وهو من كتب الفقه المالكى : فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون الى أنه لايورث كما أنه لايباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز على أنها موروثة قياسا على الاموال . وذهب أحمد الى أن الحق فى الشفعة يورث اذا طولب بها، أما قبل طلبها فلا يورث . فقد جاء فى المغنى (ج ٥ ص ٣٤٦ و ٣٤٧) ، وهو من كتب الفقه الحنبلى : الشفعة لاتورث ، الا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، اذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل الى الورثة . (الحال الثانى) اذا طالب بالشفعة ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة قولا واحدا ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتاخير الآخذ بعده، وقبله يسقط أما عند أبى حنيفة فان حق الشفعة لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة والمشيئة لاتورث . فقد جاء فى البدائع (ج ٥ ص ٢٢) ، وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ،

فتبطل شفعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسالة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لايورث وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط .

ولهذا الخلاف فى الفقه الاسلامى نظيره فى الفقه الوضعى وفى القضاء. وقد اختار المشروع ماذهب اليه الشافعى ومالك من أن الحق فى الشفعة يورث . وهو يتفق فى ذلك مع فريق من الفقه ومع قضاء محكمة النقض .

شروط الشفعة

(مادة ٩٠٤)

يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لمالك الرقبة ، اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع ، اذا بيعت حصة شائعة الى أجنبى .

(ج) لصاحب حق الانتفاع ، اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق او بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع كل حق الحكر الملابس لها أو بعضه ، وللمستحكر اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لحقه او بعضها .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى:

« يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لمالك الرقبة ، اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع ، اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى.

(ج) لصاحب حق الانتفاع ، اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر اذا بيعت الرقبة .

(هـ) الجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) اذا كانت العقارات من المبانى او من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .(٢) اذا كان للارض المبيعة حق ارتفاق على ارض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) اذا كانت أرض الجار ملاصقة للارض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت فى البند (ب) عبارة «اذا بيعت حصة شائعة» بعبارة « اذا بيع شىء من العقار الشائع » . وقد روعى فى هذا التعديل أمران: الأول أن النص على أن يكون البيع واردا على حصة شائعة هو الحل الصحيح . وبذلك يقضى على الخلاف الذى ثار حول ثبوت الشفعة عند بيع جزء مفرز من المال الشائع . والأمر الثانى أن يكون التعبير شاملا للعقار والمجموع من المال ، فقد اصبحت الشفعة جائزة فى العقار وفى المنقول .

٢ ـ اجراء تعديلات فى البند (د) لكى يكون الحكم فيما يتعلق بالرقبة والحكر متفقا مع الحكم فى خصوص الرقبة والانتفاع من حيث ان الشفيع لا يجوز له أن يشفع الا فى القدر الملابس لحقه .

٣ ـ الغاء البند (هـ) الخاص بثبوت الشفعة للجار المالك . وقد تقدم بيان ما يبرر هذا الالغاء .

وفيما عدا هذه التعديلات ، فقد بقيت الحالات المنصوص عليها . واذا كان من الممكن أن يؤخذ على اثبات الشفعة لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع أن هذا الحق نادر فى التطبيق العملى، الا أن تقرير الشفعة فى هذه الحالة يؤدى الى جمع ما تفرق من عناصر الملكية فى يد واحدة ، وهو أمر مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية ، لاسيما وأن الراى هو الابقاء على تنظيم حق الانتفاع . أما فيما يتعلق بالحكر ، فان تقرير الشفعة يساعد على تصفية الأحكار القائمة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٨٣) والمراحل التى مرت بها ومحاضر اللجنة التى عهد اليها اعداد مشروع الشفعة ومناقشات مجلس النواب ولجنه القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٥٩ ـ ٣٨٥ .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ١١٢٩ و ١١٣٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٥١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١/٨٩٢ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى ، ونقا للمذهب الحنفى ، نصت المادة ١٠٠٨ من المجلة على ما يأتى : « أسباب الشفعة ثلاثة : الأول أن يكون مشاركا فى نفس المبيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا . الثانى أن يكون خليطا فى حق المبيع كاشتراك فى حق الشرب الخاص والطريق الخاص ... الثالث أن يكون جارا ملاصقا » . أما الشافعية والمالكية والحنابلة ، فيثبتون الشفعة للمشارك فى نفس المبيع ، ولا يثبتونها لا للخليط ولا للجار .

(مادة ٩٠٥)

١ ـ اذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة .

٢ ـ واذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

٣ ـ فاذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته او من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

هذه المادة تطابق المادة ٩٣٧ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٨٤) والمراحل التى مرت بها ومحاضر اللجنة التى عهد اليها باعداد مشروع الشفعة ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٣٨٦ ـ ٣٩٣ .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ١١٣١ و ١١٣٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ١١٥٢ و ١١٥٣ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨٩٢/٢ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى ، طبقا للمذهب الحنفى ، نصت المادة ١٠٠٩ من المجلة على ما يأتى : « حق الشفعة اولا للمشارك فى نفس المبيع ، ثانيا للخليط فى حق المبيع ، ثالثا للجار الملاصق . وما دام الأول طالبا فليس الآخرين حق الشفعة ، وما دام الثانى طالبا فليس الثالث حق الشفعة » . ونصت المادة ١٠١٣ على ما يأتى : « اذا تعدد الشفعاء ، فيعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعنى لا اعتبار لمقدار الحصص ... » . ونصت المادة ١٠١٤ على ما يأتى : « اذا اجتمع صنفان من الخلطاء فيقدم الأخص على الأعم ... » . ونصت المادة ١٠١٦ على ما يأتى : « حق الشرب مقدم على حق الطريق ... » .

(مادة ٩٠٦)

١ ـ اذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يتم تسجيل اعلان الرغبة وفقا للمادة ٩١١ فقرة أولى ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها .

٢ ـ وكذلك يكون الحكم اذا كان المبيع منقولا وباعه المشترى الى شخص لا يعلم باعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة او قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها » .

وقد ادخلت التعديلات الآتية :

١ ـ الابقاء على النص الحالى بحيث يصبح فقرة أولى فى المادة المقترحة ويكون حكمه خاصا بالعقار . ولذلك استبدل لفظ « عقارا » بلفظ « عينا » .

٢ ـ حذفت من النص الحالى عبارة « قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة » ، لأنها زائدة اذ ان الذى يعتد به هو تسجيل اعلان الرغبة.

٣ ـ أضيفت فى المادة المقترحة فقرة ثانية خاصة بالمنقول ، حيث تكون العبرة فى هذا الخصوص بعلم المشترى الثانى باعلان الرغبة أو عدم علمه به . فاذا لم يكن عالما باعلان الرغبة وقت البيع فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا منه وبالشروط التى اشترى بها .

انظر محاضر اللجنة التى عهد اليها باعداد مشروع الشفعة فى خصوص المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٩٥ ـ ٤٠٢ فى الهامش .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٣٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٥٤ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٨٩٤ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى يستفاد حكم المادة المقترحة من المادة ١٠٥ من مرشد الحيران التى تنص على ما يأتى : « لا تثبت الشفعة الا بعد البيع مع وجود السبب الموجب لها » . وكذلك من المادة ١٠٢١ من المجلة التى تنص على ما يأتى : « الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع » .

(مادة ٩٠٧)

١ ـ اذا بيعت العين لعدة أشخاص على الشيوع ، فلا تجوز الشفعة الا فيها بتمامها . أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفرزة ، كان للشفيع الحق فى طلب أخذ العين بتمامها ، او أخذ حصة واحدة او أكثر ، مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة .

٢ ـ ولا تجوز الشفعة ان شمل البيع فى الوقت ذاته وبثمن واحد غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها .

هذه المادة تتناول القاعدة التى تقضى بأن الشفعة لاتقبل التجزئة . وقد عبرت عنها المادة المقابلة للمادة ٩٣٥ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ١٣٨٢) فى فقرتها الثانية بقولها ان الحق فى الشفعة لا يتجزأ فى استعماله . وسوف يترتب على الغاء الشفعة بسبب الجوار أن يصبح مجال تطبيق هذه القاعدة ضيقا للغاية ، ومع ذلك فان لها مجالها المحدود فى حالات الشفعة التى استبقاها المشروع .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ١١ من قانون الشفعة السابق التى كانت تنص على ما يأتى : « اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه او أخذ حصة واحدة او أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ماياتى : ١ ـ لاشفعة ان شمل البيع فى نفس **الوقت وبثمن واحد** ، غير الحق الذى يجوز اخذه بالشفعة، حقوقا اخرى لاشفعة فيها . ٢ ـ الا انه اذا كان يملك المنفعة او الرقبة اشخاص متعددون وبيع كل الرقبة او كل المنفعة ، جاز لهوءلاء الاشخاص ان يطلبوا الاخذ بالشفعة مجتمعين .

وبمقتضى المادة المقترحة يجب التمييز بين ما اذا كانت الصفقة واحدة وبين ما **اذا تعددت الصفقة** .

فاذا كانت الصفقة واحدة ، فلا يجوز للشفيع ان ياخذ بعض المبيع ويترك البعض الآخر ، لان ذلك يؤدى الى تفرقة الصفقة ، فتكون هناك تجزئة للشفعة . فاذا باع فريق من الشركاء حصصهم مجتمعة على الشيوع لمشتر واحد أو لعدة مشترين على الشيوع فى صفقة واحدة وبثمن واحد ، فلا يجوز لشريك آخر أن ياخذ بالشفعة فى بعض المبيع **دون أن ياخذ الصفقة كاملة . واذا بيعت الرقبة كلها لمشترى واحد** أو لعدة مشترين على الشيوع فى صفقة واحدة وبثمن واحد ، فلا يجوز لصاحب حق الانتفاع ان ياخذ بالشفعة فى بعض الرقبة دون **ان ياخذها كلها . واذا بيعت المنفعة كلها لمشترى واحد أو لعدة مشترين على الشيوع فى صفقة واحدة وبثمن واحد ، فلا يجوز دون ان ياخذ الصفقة كاملة . لمالك الرقبة ان ياخذ بالشفعة فى بعض المنفعة .**

واذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن ياخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض اذا توافرت شروط الشفعة فيما ياخذه ، اذ لايكون هذا تجزئة للشفعة . فاذا باع الشريك حصته اجزاء لمشترين متعددين فى صفقات متعددة ، بان اشترى كل منهم جزءا من الحصة بثمن مسمى ، كان لشريك آخر أن ياخذ بالشفعة فى جميع الصفقات ،وكان **له أيضا أن ياخذ بالشفعة فى بعض الصفقات . دون البعض الآخر ،ذلك** حتى لو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات وكذلك يكون الحل اذا بيعت الرقبة اجزاء على هذا النحو ، أو بيعت المنفعة .

غير أن الشفعة لا تجوز ان شمل البيع فى الوقت ذاته وبثمن واحد ، غير الحق الذى يجوز اخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . حيث يفرض فى هذه الحالة ان المشترى قد اشترى صفقه واحدة وبثمن واحد ما يمكن اخذه بالشفعة مع ما لا تجوز الشفعة فيه، فلا يجوز الشفيع ان ياخذ ما توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا المبيع كله لان منه مالا شفعة فيه . فاذا كان يملك المنفعة اشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فان احدا من المنتفعين لا يستطيع ان يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع ان يشفع وحده فى كل الرقبة لانه لايملك الشفعة فى بعض اجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين ان يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ؛ لان الصفقة فى هذه الحاله لا تتجزأ كما ان كل جزء من الرقبة مشفوع فيه . واذا كان يملك الرقبة اشخاص متعددون وبيع حق المنفعه كله ، فان احدا من اصحاب الرقبة لا يستطيع ان يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لايستطيع ان يشفع وحده فى حق المنفعه كله لانه لايملك الشفعة فى بعض اجزائه . ولكن يجوز لاصحاب الرقبة مجتمعين ان يطلبوا الاخذ بالشفعة فى حق المنفعه كله ، لان الصفقة فى هذه الحالة لاتتجزأ كما ان كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه (المذكرة الايضاحية للمادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٨٩ و ٣٩٠ فى الهامش) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٣٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٦٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٨٩٥ من التقنين الكويتى .

وأحكام الفقه الاسلامى قريبة مما تقضى به المادة المقترحة . فعند ابى حنيفة ومالك والشافعى انه اذا تعدد المبيع ، بان اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر فى كل من الدارين شروط الاخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع **الا ان ياخذ الدارين جميعا بالشفعة** ، وليس له اخذ **احداهما وترك الاخرى لما فى ذلك من تفريق الصفقة على المشترى.أما** اذا تعدد العقد : او كانت شروط الشفعة لاتتوافر الافى احدى الدارين: كان للشفيع فى الحالة الاولى أخذ احدى الدارين دون الاخرى بالشفعة لان الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد ، وكان له فى الحالة الثانية اخذ الدار التى توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الاخرى لانه لا يشفع الا فيها (السنهورى : الوسيط ج٩ فقرة ١٦٩ ص ٤٩٢ و ٤٩٣) .

وقد نصت المادة ١٣٥ من مرشد الحيران على ماياتى : « الشفعة لاتقبل التجزئة . فليس للشفيع أن ياخذ بعض العقار المشفوع ويترك بعضه جبرا على المشترى ، انما اذا تعدد المشترون واتحد البائع وقبضوا المبيع منه أو لم يقبضوه ودفعوا له الثمن فللشفيع أن ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى » . ونصت المادة ١٠٤١ من المجلة على ما ياتى : « الشفعة لا تقبل التجزى . بناء على ذلك ليس للشفيع حق فى اشتراء مقدار من العقار المشفوع ويترك باقيه » .

(مادة ٩٠٨)

١ ـ لا يجوز الاخذ بالشفعة :

(أ) اذا تم البيع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون .

(ب) اذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين . أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة . أو بين الاصهار حتى الدرجة الثانية .

(ج) اذا كان المال قد بيع ليجعل محل عبادة أو مدرسة أو مستشفى أو ليلحق بشىء من ذلك .

٢ ـ ولا يجوز للوقف أن ياخذ بالشفعة » .

هذه المادة تقابل المادة ٩٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى:

« ١ ـ لا يجوز الأخذ بالشفعة :

(أ) اذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون .

(ب) اذا وقع البيع بين الاصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الاصهار لغاية الدرجة الثانيه .

(ج) اذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة .

٢ ـ ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى البند « ا » من الفقرة الأولى . واستبدل لفظ « المال » بلفظ « العقار » الوارد فى البند «ج» من الفقرة الأولى ، حتى يكون اللفظ شاملا للعقار والمنقول . واستبدلت فى هذا البند ايضا عبارة « ليجعل محل عبادة أو مدرسة أو مستشفى او ليلحق بشىء من ذلك » بعبارة « ليجعل محل عبادة او ليلحق بمحل عبادة » . اذ ان التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدرسة والمستشفى تدعو اليها الحكمة ذاتها من منع الشفعة ، وهى تمكين المشترى من أن يخصص المال لهذه الأغراض العامة كلها (انظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عند وضع النص الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٠٩) .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٨٧) ومحاضر اللجنة التى عهد اليها باعداد مشروع الشفعة ومناقشات لجنة الشئون التشريعيه فى مجلس النواب ولجنه القانون المدنى فى مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٣٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٦١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٨٩٣ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٠١٧ من المجلة على ان الشفعة لاتجرى فى عقار الوقف والاراضى الأميرية . ونصت المادة ١٠١٨ على ما يأتى : « يشترط ان يكون المشفوع به ملكا ايضا وبناء عليه لو بيع ملك عقارى لايكون متولى عقار الوقف الذى فى اتصاله او المتصرف به شفيعا » . ونصت المادة ١٠١٩ على ما يأتى : « الأشجار والابنية المملوكة فى ارض الوقف او الاراضى الاميرية هى فى حكم المنقول فلا تجرى الشفعة فيها » .

ونصت المادة ١١٠ من مرشد الحيران على ما يأتى : « لاشفعة فى البناء والشجر القائمين فى ارض محتكرة او فى الاراضى الاميرية » . ونصت المادة ١١١ على ما يأتى : « الاراضى الاميرية التى بايدى المستحقين لمنفعتها لا يصح بيعهم لها فلا شفعة فيها » . ونصت المادة ١١٣ على ما يأتى : « لا شفعة فى الوقف ولا له . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان بعض المبيع ملكا وبعضه وقفا ، وبيع الملك فلا شفعة للوقف » .

اجراءات الشفعة

(مادة ٩٠٩)

١ ـ لكل من البائع والمشترى أن يوجه انذارا رسميا الى الشفيع يخطره فيه بالبيع .

٢ ـ ويجب أن يشتمل هذا الانذار على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(ا) اسم كل من البائع والمشترى ولقبه ومهنته وموطنه .

(ب) بيان المبيع بيانا كافيا .

(ج) بيان الثمن وشروط البيع والمصروفات الرسمية .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يشتمل الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلا :

(ا) بيان العقار الجائز اخذه بالشفعة بيانا كافيا .

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه » .

وقد عدلت هذه المادة باضافة فقرة اولى فى المادة المقترحة تقرر أن لكل من البائع والمشترى أن يوجه انذارا رسميا الى الشفيع يخطره فيه بالبيع ، باعتبار ان هذا الانذار هو فاتحة اجراءات الشفعة ، ومن ثم يجب أن يذكر فى بداية النصوص التى تتناول هذه الاجراءات. وادخل فيها تعديل لفظى ، وتعديل فى ترتيب البيانات التى يجب ان يشتمل عليها الانذار .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٣٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٩٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٦٢/١ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى يرتبط طلب الشفعة بعلم الشفيع بالبيع (انظر المادة ١٠٣٠ من المجلة والمادة ١١٨ من مرشد الحيران) . والانذار الرسمى الذى تتحدث عنه المادة المقترحة من شانه ان يعلم الشفيع بالبيع ، ولذلك يحفزه على اعلان رغبته اذا كان يريد الاخذ بالشفعة .

(مادة ٩١٠)

على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجه اليه اى منهما ، والا سقط حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجه اليه البائع او المشترى ، والا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة اذا اقتضى الأمر ذلك » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا ، وحذفت منها العبارة الأخيرة المتعلقة بميعاد المسافة لكي يترك الامر للقاعدة العامة في تقنين المرافعات . وبذلك لا يصبح هناك مجال للخلاف الذي قام في الفقه حول ذكر ميعاد المسافة في مادة وعدم ذكره في مادة أخرى .

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٣٨٨) والمراحل التي مرت بها في لجنة المراجعة ولجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤١٠ - ٤١٧ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٣٨ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ١١٦٢/١ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٨٩٧/١ من التقنين الكويتي .

واعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة يقابله في الفقه الاسلامي وفقا للمذهب الحنفي طلب المواثبة الذي نصت عليه المجلة (م ١٠٢٨) ومرشد الحيران (م ١١٧) . ففي هذا المذهب يكون طلب المواثبة بان يبادر الشفيع بطلب الشفعة فورا في مجلس علمه بالبيع (م ١٠٢٩ مجلة وم ١١٨ مرشد الحيران) . اما أحمد و الشافعي ومالك ، فيذهبون الى ثبوت الشفعة على التراخي (المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٤٧٧ و ٤٧٨) .

ولم ير المشروع الاخذ بما يعنيه طلب المواثبة من وجوب اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة فور العلم بالبيع ، وانما راى اعطاء مهلة معقولة للشفيع يتدبر فيها أمره ، وهى خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه اليه البائع او المشتري .

(مادة ٩١١)

١ - يجب ان يكون اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة رسميا ، والا كان باطلا . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير الا اذا سجل ان كان المبيع عقارا او علم به الغير ان كان المبيع منقولا .

٢ - ويجب ان يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار او التابع لها موطن بائع المنقول او مشتريه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة والا سقط الحق في الاخذ بها .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب ان يكون رسميا ، والا كان باطلا . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير الا اذا سجل .

٢ - وخلال ثلاثين يوما على الاكثر من تاريخ هذا الاعلان ، يجب ان يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة . فان لم يتم الايداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم، سقط حق الاخذ بالشفعة » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - أضيف الحكم الخاص بالمنقول الى الفقرة الأولى ، بحيث يكون الاحتجاج باعلان الرغبة على الغير منوطا بالتسجيل ان كان المبيع عقارا أو بالعلم ان كان المبيع منقولا .

٢ - حذفت عبارة « وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان » الواردة في صدر الفقرة الثانية اكتفاء بما ورد في الفقرة ذاتها من ان الايداع يجب أن يكون قبل رفع الدعوى ولان ميعاد الثلاثين يوما منصوص عليه في المادة التالية .

٣ - أضيفت عبارة « أو التابع لها موطن بائع المنقول او مشتريه » الى الفقرة الثانية لبيان المحكمة التي يجب الايداع في خزانتها اذا كان المبيع منقولا .

٤ - حذفت عبارة « فاذا لم يتم الايداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم » الواردة في الفقرة الثانية ، لعدم لزومها ، والاكتفاء باضافة لفظ « والا » قبل العبارة الأخيرة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٣٩٠) والمراحل التي مر بها في لجنة المراجعة ولجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٢١ - ٤٢٥ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٤٠ من التقنين العراقي .

وتقابل المادتين ٨٩٧ و٨٩٨ من التقنين الكويتي .

وما تقضي به المادة المقترحة فيما يتعلق باعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة وايداع الثمن خزانة المحكمة يقابله في الفقه الاسلامي وفقا للمذهب الحنفي طلب التقرير والاشهاد الذي نصت عليه المجلة (م ١٠٢٨) ، ومرشد الحيران (م ١١٧) . وهو يعني ان يشهد الشفيع على البائع ان كان العقار المبيع في يده أو على المشتري بانه طلب ويطلب فيه الشفعة (م ١٠٣٠ مجلة وم ١١٩ مرشد الحيران) . ومن الواضح ان تسجيل اعلان الرغبة وايداع الثمن خزانة المحكمة من شأنهما اثبات طلب الشفعة بصورة قاطعة .

(مادة ٩١٢)

ترفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة التي اودع الثمن خزانتها بعد أن تقيد في الجدول ، وذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ، والا سقط الحق فيها .

هذه المـادة تقابل المـادة ٩٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى امام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار . وتقيد بالجدول . ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه فى المـادة السابقة ، والا سقط الحق فيها . ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة » .

وقد ادخلت على هذه المـادة التعديلات الآتية:

١ ـ استبدلت عبارة « امام المحكمة التى اودع الثمن خزانتها » بعبارة « أمام المحكمة الكائن فى دائرتهـا العقـار » ، لكى تنصرف العبارة المختارة الى ثمن المبيع سواء كان عقارا او منقولا .

٢ ـ استبدلت عبارة « بعد ان تقيد فى الجـدول » بعبـارة « وتقيد فى الجدول » . وقد روعى فى هذا التعديل انه بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ثم بمقتضى تقنين المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، اصبح قيد الدعوى سابقا على رفعها بعد ان كان تاليا لرفعها ، كما اصبح على قلم الكتاب ان يقيد الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى او من يمثله تاريخ الجلسـة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها (م ٦٧ مرافعات) .

٣ ـ حذفت العبارة الاخيرة التى تقضى بان يحكم فى الدعوى على وجـه السرعة . وذلك نظـرا الى أنـه بمقتضى القـانون رقـم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ثم بمقتضى تقنين المرافعات الصـادر بالقانون رقم ١٣ لسـنة ١٩٦٨ ، الغيت التفرقة بين الدعـاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وذلك بالغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة .

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ١١٢٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٨٩٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ١/١١٦٢ من التقنين الاردنى .

وما تقضى به المـادة المقترحة من رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشترى فى ميعاد معين يقابله فى الفقه الاسلامى طلب التملك الذى نصت عليه المجلة (م ١٠٢٨) ومرشد الحيران (م ١١٧) . وهو يعنى طلب الخصومة عند القاضى ، فاذا اخره الشفيع بعد طلب التقرير والاشهاد شهرا دون عذر شرعى سقط حق شفعته (م ١٠٢٤ مجلة وم ١٢٠ مرشد الحيران) .

آثار الشـفعة

(مادة ٩١٣)

١ ـ تنتقل الملكية الى الشفيع من وقت صـدور الحكم النهائى بثبوت الشفعة ، وذلك دون اخـلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيـد فى قانون السجل العينى .

٢ ـ ومع ذلك يكون للشفيع الحق فى ثمار المبيع من وقت ايداع الثمن .

هذه المـادة تقابل المـادة ٩٤٤ من التقنين الحـالى التى تنص على مـا يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سـندا لملكية الشفيع ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسـجيل » .

وقد اختلفت الآراء فى تحديد ما يستفاد من هذا النص . فـذهب رأى الى انه اذا حكم بالشفعة او رضى بها المشترى فان ملكية الشفيع تستند الى وقت البيع ، اى ان الشفيع يحل محل المشترى من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، فيكون الحكم بثبوت الشفعة كاشفا عن حق الشفيع وليس منشئا له . وذهب رأى ثان الى ان ملكية الشـفيع تستند الى وقت اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة . فيحل الشفيع محل المشترى من هذا الوقت . وذهب رأى ثالث الى ان ملكية الشـفيع تستند الى وقت رفع دعوى الشفعة . فيحل الشفيع محل المشترى من هذا الوقت . وذهب جمهور الفقه الى أن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة او رضاء المشترى بها ؛ فيكون حلول الشفيع محل المشترى من هذا الوقت ، ومن ثم يعتبر الحكم منشـئا لحق الشفيع لا كاشفا عنه . وهذا هو الراى الذى اخذت به محكمـة النقض واختاره المشروع .

وقد رؤى فى ضوء الرأى الذى اختاره المشروع ان ينص فى المـادة المقترحة على الوقت الذى تنتقل فيه الملكية الى الشـفيع ، فلا يبقى مجال لهذا الاختلاف فى الراى . فالمـلكية تنتقل الى الشفيع من وقت صدور الحكم النهائى بثبوت الشفعة او رضاء المشترى بها ، ومقتضى هذا أن يكون حلول الشفيع محل المشترى من هذا الوقت،حيث يعتبر الحكم منشئا لحق الشفيع لا كاشفا عنه . وذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل او القيد ؛ بحسب ما اذا كان القانون المطبق هو قانون تنظيم الشهر العقارى أو قانون السجل العينى ، اذ أن المـلكية لا تنتقل الا من وقت هذا التسجيل او القيد .

وقد كان مقتضى حلول الشفيع محل المشترى من وقت صـدور الحكم أو التراضى الا يكون للشفيع الحق فى ثمار المبيع الا من هـذا الوقت . ولكن رؤى اثبات الحق للشفيع فى الثمار من وقت ايداع الثمن . وذلك نظرا الى ان الشفيع يجب عليه ان يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فلا يستسـاغ حرمانه من ثمار المبيع فى الوقت الذى حـرم فيه من أن يستفيد من مبلغ الثمن . ووجه العدالة ظاهر فى هذا الحكم .

والفقـرة الاولى من المـادة المقترحـة تتفق مع المـادة ١١٦٤ من التقنين الأردنى .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٨٩٩ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المـادة ٩٤٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المـادة ١١٤١ من التقنين العراقى .

وليس هناك اتفاق فى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بحكم المـادة المقترحة . فالحنفية فى أكثر أقوالهم يذهبون الى أن الشفيع يملك

المشفوع فيه من وقت رضاء المشترى او من وقت قضاء القاضى ، فيكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب الى ان الشفيع يستقر حقه بطلب المواثبة وطلب التقرير والاشهاد دون حاجة الى قضاء القاضى ، وهذه هى احدى الروايتين عن أبى يوسف . فلا يكون قضاء القاضى اذا فى هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لايكون حكم الشفعة هو الذى ينشىء حق الشفيع . وفى المذاهب الثلاثة الأخرى لايتوقف تملك الشفيع للمشفوع فيه على رضاء المشترى او على قضاء القاضى ، بل يتملكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند احمد ، وبمجرد طلبها اذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها اذا دفع الشفيع الثمن الى المشترى عند الشافعى . ففى هذه المذاهب الثلاثة اذا لا يكون قضاء القاضى ضروريا لتملك الشفيع المبيع المشفوع فيه ، ومن ثم لايكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع .

انظر فى هذا : الفتاوى الهندية ج ٥ص ١٧٣ . البدائع ج ٥ص ١٩ و ٢٣ و ٢٤ . على الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ ـ ١٢١ . عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٩ فقرة ٢٣٠ .

وقد اختار المشروع الراى الراجح فى المذهب الحنفى . وفيه نصت المادة ١٠٣٦ من المجلة على ما ياتى : « يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضى مع المشترى او بحكم الحاكم » . ونصت المادة ١٢٥ من مرشد الحيران على ما ياتى « لايثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشترى بالتراضى » .

(مادة ٩١٤)

١ ـ يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .

٢ ـ ومع ذلك لايحق الشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن الا برضاء البائع .

٣ ـ واذا استحق المبيع الغير بعد أخذه بالشفعه ، فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .

٢ ـ وانما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن الا برضاء البائع .

٣ ـ واذا استحق العقار للغير بعد اخذه بالشفعه ، فليس للشفيع ان يرجع الا على البائع » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية . واستبدل لفظ « المبيع » فى الفقرة الثالثة بلفظ « العقار » كى يكون لفظ المبيع شاملا للعقار المنقول .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٠٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٤٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٦٥ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٠٣٧ من المجلة على ما ياتى : « تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداء . بناء عليه الأحكام التى تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت فى العقار المأخوذ بالشفعة ايضا » .

ونصت المادة ١٢٦ من مرشد الحيران على ما ياتى : « تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وان اشترط المشترى مع بائعة البراءة منهما » . ونصت المادة ١٢٧ على ما ياتى : « اذا قضى للشفيع بالمبيع وكان دينه مؤجلا على المشترى يأخذه الشفيع بثمن حال ، فان اداه للبائع سقط الثمن عن المشترى ، وان اداه للمشترى فليس للبائع ان يطالب المشترى به قبل حلول الأجل المنفق عليه » . ونصت المادة ١٢٨ على ما ياتى : « اذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع فادى ثمنه ثم استحق المبيع ، فان كان أداه المشترى فعليه ضمانه سواء استحق قبل تسليمه اليه او بعده ، وان كان اداه للبائع واستحق المبيع وهو فى يده فعليه ضمان الثمن للشفيع » .

(مادة ٩١٥)

١ ـ اذا زاد المشترى فى المبيع شيئا ، من بناء او غراس أو غير ذلك ، قبل أن يعلنه الشفيع برغبته فى الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له ما انفقه او مقدار ما زاد فى قيمة المبيع ما احدثه .

٢ ـ فاذا كان المشترى قد أحدث الزيادة بعد ان أعلنه الشفيع برغبته فى الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع اما ان يطلب الازالة ، أو يستبقى ما استحدث مقابل دفع ما انفقه المشترى أو ما زاد فى قيمة المبيع بسببه .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع او غرس فيه اشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ماذاد فى قيمة العقار بسبب البناء او الغراس .

٢ ـ واما اذا حصل البناء او الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعه، كان للشفيع أن يطلب الازالة ، فاذا اختار ان يستبقى البناء اوالغراس

فلا يلتزم الا بدفع قيمة ادوات البناء واجرة العمل او نفقات الغراس » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – استبقى المشروع حكم الفقرة الاولى فيما يتعلق بما يلتزم الشفيع بدفعه للمشترى . ولكنه جعل العبرة باعلان الرغبة الى المشترى . فيكون وقت هذا الاعلان هو الحد الزمنى الفاصل بين حكم الفقرة الاولى وحكم الفقرة الثانية ، وليس وقت اعلان الرغبة الى البائع . وقد استخدم المشروع فى صدر الفقرة تعبير الفقه الاسلامى ، فذكر فى بدايتها : « اذا زاد المشترى فى المبيع شيئا » . واستبدل لفظ « المبيع » بلفظ « العقار » ليشمل العقار والمنقول .

٢ – عدل المشروع حكم الفقرة الثانية فى حالة ما اذا استبقى الشفيع الزيادة التى احدثها المشترى . حيث يختار الشفيع اقل القيمتين : مقدار ما انفقه المشترى او مقدار ما زاد فى قيمة المبيع بسبب ما استحدث .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٠١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٤٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٦٦ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى ، وفقا لراى الامام ابى حنيفة ومحمد ، اذا زاد المشترى فى العقار المشفوع قبل طلب الشفعة ، فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملكه بثمنه مع قيمة الزيادة . اما اذا كانت الزيادة بعد طلب الشفعة ، فللشفيع ان يترك العقار ، او يطلب ازالة الزيادة ، او يستبقيها مع دفع قيمتها مقلوعة .

انظر وقارن ما جاء فى المادتين ١٠٤٤ من المجلة و ١٣٠ من مرشد الحيران ، وهما لايتفقان فى الحكم .

(مادة ٩١٦)

١ – اذا كان المبيع عقارا ، فلا يسرى فى حق الشفيع اى تصرف يصدر من المشترى من شانه نقل الملكية أو ترتيب حق عينى آخر ولا أى حق عينى ترتب ضده ، اذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من حقوق الاولوية فيما آل الى المشترى من ثمن العقار .

٢ – أما اذا كان المبيع منقولا ، فلا تسرى هذه التصرفات والحقوق فى حق الشفيع اذا كان المشترى يعلم باعلان الرغبة فى الشفعة .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يسرى فى حق الشفيع اى رهن [illegible] او اى حق اختصاص اتخذ ضد المشترى ولا اى بيع [illegible] المشترى ولا اى حق عينى رتبه او ترتب ضده ، اذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الاولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – جعل النص الحالى فقرة اولى فى المادة المقترحة ، مع اضافة عبارة « اذا كان المبيع عقارا » فى صدر النص كى يكون حكمه خاصا بالعقار .

٢ – حذف الألفاظ الزائدة فى هذه الفقرة والاكتفاء بما يدل على المعنى المقصود .

٣ – أضافة فقرة ثانية تبين الحكم فى حالة بيع المنقول . حيث تكون العبرة بعلم المشترى باعلان الرغبة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٤٤ من التقنين العراقى

وتقابل المادة ١١٦٧ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٠٢ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد جاء فى قواعد ابن رجب (القاعدة ٥٣ ص ٨٦) ان الشفيع اذا طلب الشفعة لايصح تصرف المشترى لان حقه تقرر وثبت .... الخ .

(مادة ٩١٧)

يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع .

(ب) اذا لم يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل بيع العقار أو من يوم علم الشفيع ببيع المنقول .

(ج) فى الاحوال الاخرى التى نص عليها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ٩٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع .

(ب) اذا انقضت اربعة اشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

(ج) فى الأحوال الاخرى التى نص عليها القانون » .

وقد عدل البند (ب) من هذه المادة . فانقصت المدة المنصوص عليها من أربعة أشهر الى ثلاثة أشهر . وجعلت هذه المدة من يوم تسجيل بيع العقار . واضيفت عبارة « او من يوم علم الشفيع ببيع المنقول » لبيان الحكم فى حالة بيع المنقول .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٣٩٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٤٢ – ٤٤٤ والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٣٤ بند د و هـ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٦١ بند ٣ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٦٠٣ من التقنين الكويتى .

وما يقضى به البند ا من المادة المقترحة من جواز النزول عن الشفعة مقدما ، اى قبل البيع ، يخالف ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى من انه لايجوز النزول عن الحق قبل ثبوته . أما النزول عن الشفعة بعد طلبها فيقره الفقه الاسلامى ، سواء كان صريحا أو ضمنيا . فقد نصت المادة ١٠٢٤ من المجلة فى هذا المعنى على ما يأتى : « يشترط الا يكون للشفيع رضى فى عقد البيع الواقع صراحه أو دلالة ، مثلا اذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب فيسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك . وكذا اذا اراد ان يشترى أو يستاجر العقار المشفوع من المشترى بعد سماعه بعقد البيع فيسقط حق شفعته . وكذلك اذا كان وكيلا للبائع فليس له حق شفعة فى العقار الذى باعه» . ونصت المادة ١٠٧ من مرشد الحيران على انه يشترط الا يصادر من الشفيع رضاء بالبيع لا صراحة ولا دلالة .

وما يقضى به البند ب من المادة المقترحة يمكن حمله على ان سكوت الشفيع عن طلب الشفعة مدة ثلاثة اشهر بعد التسجيل او العلم يفيد النزول عن حق الشفعة .

(٤) الحيازة

نظرة عامة :

يتصل موضوع الحيازة وأثرها فى عدم سماع الدعوى بحق عينى ضد الحائز بما تقدم ذكره فى النظرة العامة لموضوع عدم سماع الدعوى بالالتزام . والفقه الاسلامى يرد الموضوعين الى أساس واحد،هو تلك القاعدة الاساسية التى تستند الى الحديث الشريف الذى يقول :«لا يبطل حق امرىء مسلم وأن قدم» . فجوهر الفكرة واحد فى الموضوعين . وبناء على ذلك نصت المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وانه اذا أقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م ١٦٧٤ من المجلة) . (انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨) . وبهذا أخذت جميع المذاهب الفقهية .

الا أن المذهبين المالكى والحنفى ، وان كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم ، الا انهما أقرا من جهة اخرى عدم سماع الدعوى بالدين أو الحق العينى بعد مضى مدة معينة . فقد جاء فى شرح الحطاب (ج ٦ ص ٢٢٨ و٢٢٩) : « ... المنسوب لولد ابن فرحون : الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة ، لاقول له ، ويصدق الغريم فى دعوى الدفع ، ولا يكلف الغريم ببينة لامكان موتهم أو نسيانهم للشهادة ...

وفى كتاب محمد بن ياسين ، فى مدعى دين سلف بعد عشرين سنة ، أن المدعى عليه مصدق فى القضاء ، اذ الغالب الا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات .. قال عبد الملك : وقال لى مطرف وأصبغ اذ ادعى رجل حقا قديما ، وقام عليه بذكر حقه ، وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها ، أخذه به ، وعلى الآخر البراءة منه ، وفى مفيد الحكام أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل الا بطول الزمان ، كالثلاثين سنة والاربعين ، وكذلك ...» ونصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على أنه « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار ... بعد أن تركت خمس عشرة سنة » .

انظر المبررات التى استند اليها فقهاء المذهبين المالكى والحنفى فيما راوه من عدم سماع الدعوى وما انتهى اليه المشروع فيما يتعلق بمدة التقادم فى النظرة العامة التى تقدم ذكرها فى خصوص عدم سماع الدعوى بالالتزام .

١ – تعريف الحيازة واركانها

(مادة ٩١٨)

الحيازة سلطة فعلية يباشرها الحائز بنفسه أو بواسطة غيره على شىء مادى ، بحيث تكون فى مظهرها الخارجى وفى قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عينى آخر .

هذه المادة تقابل المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:«الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » . وقد حذف هذا النص لانه يتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٤٩) .

ويتضح من التعريف المقترح ان قوام الحيازة سلطة فعلية يباشرها الحائز على شىء مادى ، سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره ،وسواء كان الشىء عقارا أو منقولا . فالحيازة لا ترد على الأشياء غير المادية كالمصنفات الادبية ، أو الحقوق الشخصية . وما يقال عن حيازة الحق الشخصى ليس حيازة بالمعنى الفنى ، وانما يراد به المظهر الذى يتوافر فى أوضاع قانونية معينة على غير الحقيقة فيقع فى روع الناس انه حقيقى ويتعاملون بحسن نية على مقتضاه . فحائز الدين يقصد به الدائن الظاهر ، كالوارث الظاهر بالنسبة الى ماكان للمتوفى من ديون (قارن المذكرة الايضاحية للمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٥٠) . ولهذا فان حيازة الدين بهذا المعنى لا يترتب عليها أى من الآثار التى تترتب على الحيازة الحقيقية . ويستثنى من ذلك الدين الثابت فى سند لحامله . حيث يعتبر الدين انه اندمج فى السند ، فيكون حائز السند حائزا للدين الثابت فيه بالمعنى الفنى ، ومن ثم تنطبق عليه أحكام الحيازة .

كما يبين من التعريف أن السلطة الفعلية التى يباشرها الحائز على الشىء ، يجب ان تتفق فى مظهرها الخارجى مع مزاولة الحق الذى ترد عليه الحيازة . وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فهو عبارة عن

مجموع الاعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق الذى ترد عليه الحيازة . فاذا كان هذا الحق حق ملكية ، وجب ان يباشر الحائز الاعمال المادية التى يباشرها المالك ، واذا كان حقا عينيا آخر تعين ان يقوم الحائز بالأعمال المادية التى يباشرها صاحب هذا الحق . أما التصرفات القانونية ، كالبيع والايجار ، فلا تكفى للنهوض بالعنصر المادى فى الحيازة ، لانها قد تصدر من شخص لا تتوافر له الحيازة ، اذ هى لا تقتضى ان يكون لمن صدر منه التصرف سلطة فعلية على الشيء .

كذلك يبين من التعريف أن السلطة الفعلية التى يباشرها الحائز على الشيء يجب أن تكون بقصد مزاولة الحق الذى ترد عليه الحيازة . وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فهو عبارة عن نية الحائز فى أن يظهر بمظهر المالك أو صاحب الحق العينى الآخر الذى ترد عليه الحيازة . فهو بعبارة أخرى نية الحائز فى أن يعمل لحساب نفسه ، حيث يباشر الأعمال المادية التى تعتبر مزاولة للحق الذى ترد عليه الحيازة لحساب نفسه . أما الشخص الذى لا تتوافر لدية هذه النية ، لانه يعمل لحساب غيره ، فلا يكون حائزا حقيقيا ، بل يعتبر حائزا عرضيا ، كما هى الحال بالنسبة الى البائع والمستأجر والمستعير .

على أن مقومات العنصر المعنوى للحيازة **لا يقتصر** على ذلك . فلا يكفى لتوافره أن تكون الأعمال التى تصدر من الحائز يقصد بها مزاولة الحق المحاز ، بل يجب فضلا عن ذلك ان يدعى الحائز الحق لنفسه عند المنازعة . وهذا شرط يتطلبه الفقه الاسلامى ، لانه يعتبر الحيازة دليلا على الحق ، ومن ثم فلا يكون فى عدم سماع الدعوى خروج على القاعدة الاساسية التى جارت فى الحديث الشريف الذى يقول : «لا يبطل حق أمرىء مسلم وان قدم» . وفى هذا المعنى عند فقهاء المذهب المالكى ، يقول الدسوقى : « ويبقى شرط خامس : هو ان يدعى الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز ، وأما اذا لم يكن له حجة الا مجرد الحوز فلا تنفعه » (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص٢٣٥) .

وقد راعى المشروع ذلك فى نصوصه . حيث يشترط لعدم سماع الدعوى أن ينكر الحائز ما يدعيه المدعى .

وقد تعددت تعاريف الحيازة فى الفقه الاسلامى . منها ما جاء فى المذهب المالكى فى الشرح الكبير : يقول الدردير : « الحيازة هى وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه ، والتصرف يكون لواحد من امور سكنى او اسكان او زرع او غرس او بيع او هدم او بناء او قطع شجر او عتق ... » (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠٧) .

وفى خصوص العنصر المادى للحيازة فى المذهب الحنفى يقول الكاسانى : « لان اليد على العقار لاتثبت بالكون فيه ، وانما تثبت بالتصرف فيه » (البدائع ج٦ ص٢٥٦) . وهذا مايقوله أيضا ابن عابدين نقلا عن البدائع (حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨٧) . ويقول الزيلعى : « وقال الشافعى رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الحصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعه وعارية واجارة ورهن ، فلا يمتاز الا بالتصرف » (فتح القدير ج٦ ص ٢٤ و ٢٥) . وفى المذهب المالكى يقول الحطاب : « والحيازة تكون بثلاثة اشياء : اضعفها السكنى والازدراع . ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال . ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق وما اشبه ذلك ، مما لا يفعله الرجل الا فى ماله » (شرح الحطاب ج٦ ص٢٢٢) .

وقد عرض محمد بن قيم الجوزية . وهو من فقهاء المذهب الحنبلى ، المذهب المالكى فى تعريف الحيازة واركانها وآثارها ممتدحا اياه ، حيث عقد فصلا فى مذهب أهل المدينة فى الدعاوى ، فقال فيه : « وهو من أسد المذاهب واصحها ، وهى عندهم على ثلاث مراتب . واما المرتبة الثالثة فمثالها أن يكون رجل حائزا لدار متصرفا فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء والهدم والاجارة والعمارة ، وينسبها الى نفسه ويضيفها الى ملكه ، وانسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر ان له فيها حقا . ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا بينه وبين المتصرف فى الدار قرابة ولا شركة فى ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والضمير بينهم بل كان عريا من جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم انها له ويريد أن يقيم بذلك بينه ، فدعواه غير مسموعة اصلا فضلا عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها لان كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فانها مرفوضة غير مسموعة ، قال الله تعالى وامر بالعرف ، وقد أوجبت الشريعة الرجوع اليه عند الاختلاف فى الدعاوى كالنقد والحمولة والسير وفى الابنية ومعاقد القمط ووضع الجذور على الحائط وغير ذلك » (الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، مطبعة الاداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ هجرية ، ص ٨٨ و ٨٩) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/١١٧١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٠٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩١٩)

تكون الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء لحساب الحائز .

هذه المادة تقابل المادة الأولى من المادة ٩٥١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ ــ استبدلت كلمة «بالواسطة» بكلمة «بالوساطة» . واستبدلت عبارة « متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء لحساب الحائز» بعبارة «متى كان الوسيط يباشرها (الحيازة) باسم الحائز» ، لان العبارة المختارة أدق فى الدلالة على المعنى المقصود .

٢ ــ حذفت العبارة الأخيرة التى تقول : « وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » وذلك لان هذه العبارة تقتصر على الحائز العرضى الذى ينزل من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع ، ولا تشمل الحائز العرضى الذى لا يعتبر تابعا كالمستأجر والمستعير والحارس والمودع عنده ، مع أن الوسيط يشمل هاتين الطائفتين ، فهو فى كلتيهما يحوز لحساب الحائز الاصلى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٤٠١ / ١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٤٥٥

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٠٨ من التقنين الكويتى ٠

وحكمها يتسق مع نصوص الفقة الاسلامى ٠ اذ أن الحيازة بالواسطة أنما تكون بأن يباشر الحائز الأعمال المادية بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه ٠ والفقة الاسلامى يتحدث عن اليد التى تكون دليلا على الملك مع التصرف بنحو الوديعة والعارية والاجارة والرهن (أنظر قول الزيلعى فى فتح القدير ج ٦ ص ٢٤ و ٢٥ ، وقد تقدم ذكره تحت المادة السابقة) ٠

(مادة ٩٢٠)

لا تقوم الحيازة بعمل يأتية الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح ٠

هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « لاتقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على انه مجرد رخصة من المباحات او عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح » ٠

وقد أدخلت على هذا النص تعديلات لفظية ٠ وحذفت منه عبارة «مجرد رخصه» ، لأن المقصود حق يباح للشخص ان يمارسه اذا اراد، كأن يفتح الشخص مطلا على ملك الجار مع مراعاة المسافة القانونية ، فلا يعتبر حائزا لحق ارتفاق ، لانه أتى عملا مباحا ليس فيه تعد على أحد ٠

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٠٧ من التقنين الكويتى ٠

وتتفق مع ما جاء فى المادة ٢/١١٤٥ من التقنين العراقى ٠

وعدم قيام الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات يتفق مع القواعد العامة فى الفقه الاسلامى ٠

أما عدم قيام الحيازة بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح ، فان فقهاء المذهب المالكى قد تحدثوا عنه بمناسبة الحيازة بين الأقارب والتمييز بينهم وبين الأجانب ؛ واحتمال ان تكون اعمال الحيازة بين الاقارب من قبيل التسامح ٠ وهم فى هذا يحددون مددا للحيازة بين الأقارب تختلف باختلاف اعمال الحيازة ، كما أنهم يميزون بين البلاد التى يتوسع اهلها فى أعمال التسامح فيما بين الاقارب ، فتطول مدة الحيازة بينهم ، والبلاد التى لا يتوسع الأقارب فيها فى أعمال التسامح فيما بينهم فتقصر هذه المدة ٠ ومن أقوالهم ما يقوله المواق :

« ٠٠٠ وقيل انما يفرق بين القرابات والاجنبيين فى البلاد التى يعرف اهلها انهم يتوسعون بذلك لقرابتهم ٠ ومن هذا المعنى ما نقله البرزلى عن الباجى ان عشر سنين لا تقطع حق القرابة الا ان يثبت أن بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والتشاح فى مالايترك الحق به هذه المدة ٠ وحكى مثل هذا فى الحقوق فى غير الأملاك » (الحطاب ج٦ ص٢٢٦) ٠

وفى المذهب الحنفى تنص المادة ٥٠ من مرشد الحيران فى هذا الصدد على ما ياتى : « المبيح ان يرجع عن اباحته ولا يلزم بالاذن والرضا . فان لم يكن لاحد حق المرور فى عرضة آخر ، ومر فيها مدة باذن صاحبها ، فلا يترتب على مروره حق له ، بل لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور متى شاء » ٠ وفى هذا المعنى أيضا ما تنص عليه المادة ١٢٢٦ من المجلة ٠

(مادة ٩٢١)

يجوز لعديم الاهلية أو ناقصها ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونا ٠

هذه المادة تقابل المادة ٩٥٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « يجوز لغير المميز ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونيـة » ٠

وقد أدخل على هذا النص تعديل لفظى كما توسع المشروع، فلم يجعل الحكم قاصرا على عديم الاهلية ؛ بل جعله شاملا كذلك لناقص الاهلية حيث لا وجه للتفرقة بين عديم الأهلية وناقص الأهلية فى هذا الخصوص ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٠٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ص ٤٥٥ ٠

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٠٩ من التقنين الكويتى ٠

وتقابل المادة ٢/١١٧١ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٩٥٠ من التقنين المصرى الحالى ٠

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى ٠ فقد جاء فى شرح كتاب النيل وشفاء العليل : « وفى الديوان : تجوز الحيازة لجميع الناس ، ذكرا كان أو انثى ، بالغا أوطفلا ، حرا أو عبدا ٠ ويحوز الرجل لنفسه ، أو لمن ولى أمره أو لغيره » (ص ٥٢٢) ٠

(مادة ٩٢٢)

١ ـ ليس لمن يحوز لحساب غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته ٠

٢ ـ ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ٠ ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة الامن وقت هذا التغيير ٠

هذا المادة تقابل المادة ٩٧٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

"١ ـ ليس لاحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة ٠

٢ ـ ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته ، اما بفعل الغير واما بفعل منه يعتبر معارضة الحق المالك· ولكن فى هذه الحالة لايبدأ سريان التقادم الا من تاريخ هذا التغيير » ·

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، لان المقصود هو بيان متى تتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول الى حيازة أصيلة ·

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩١٠ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ١١٦٠ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٩٧٢ من التقنين المصرى الحالى ·

وتقابل المادة ١١٨٥ من التقنين الأردنى ·

ويميز الفقه الاسلامى تمييزا واضحا بين الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية ، ويرى أن هذه الأخيرة لا تتحول الى حيازة حقيقية الا بتصرف يصدر من الحائز العرضى ، كما أنه يسوى بين الحيازة العرضية والغصب من حيث عدم اعتبار الحيازة دليلا على الملك · ولذا فان فقهاء المذهب المالكى يعتبرون الحوز أعم من الملك ، لأنه يشمله وغيره ، وفى ذلك يقول الدردير : « لان الحوز قد يكون عن مالك وغيره ·فهو أعم من الملك ، والأعم لايستلزم الأخص » (الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقى ج٤ ص ١٩٦) · ويقول ابن فرحون : « اذا عرف أصل دخول الحائز فى الملك ، مثل أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب او اعمار ، فهو محمول على ذلك ، ولا ينتفع بحيازته ، حتى يأتى بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبة ونحو ذلك » (تبصرة الحكام على هامش فتح العلى المالك ج٢ص١٠٣) · ويقول ابن جزى، فى مناسبة ترجيح يدالحائز على ادعاء المدعى ، « الا ان اثبت (المدعى) أنه بيد الحائز على وجه الكراء أو المساقاة أو الاعتمار أو شبه ذلك »(قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملايين بيروت ص٣٣٢)· وجاء فى شرح كتاب النيل وشفاء العليل : « ولا تجوز الحيازة فيما كان اصله امانة أو ما كان أصله تعدية » (ج ١٣ ص ٥١٤) ·

(مادة ٩٢٣)

اذا اقترنت الحيازة باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو اخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب ·

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ من التقنين الحالى ·

وتطابق المادة ١١٤٦ من التقنين العراقى ·

وتطابق المادة ١١٧٢ من التقنين الأردنى ·

وتطابق المادة ٩١١ من التقنين الكويتى ·

ويتضح من المادة المقترحة أن عيوب الحيازة هى الاكراه والخفاء واللبس أى ان الشروط التى تطلب فى الحيازة ، لكى تكون صالحة لأن تنتج آثارها ، هى الهدوء والظهور والوضوح · ويتحدث الفقه الاسلامى عن شرط الهدوء فى كلامه عن شرط عدم الاكراه وعن شرط الظهور فى شرط حضور المحاز عليه ورؤيته لتصرفات وأعمال الحائز ، وعن شرط الوضوح فى كلامه عن الحيازة بين الأقارب والشركاء ·

انظر : المدونة الكبرى للامام مالك ص ٣٢ ـ ٤٦ · مختصر خليل ص ٢٦٣ وما بعدها · الشرح الكبير للدردير على هامش حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٢٣ · شرح الحطاب ج٦ص٢٢١ و ٢٢٧ · الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٨٨ و ٨٩

٢ ـ اثبات الحيازة

(مادة ٩٢٤)

اذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، كان ذلك قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس ·

هذه المادة تطابق المادة ٩٧١ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى طفيف ·

وتطابق المادة ١١٥٩ من التقنين العراقى ·

وتتفق مع المادة ٢/١١٨٤ من التقنين الأردنى ·

وتتفق مع المادة ٩١٢ من التقنين الكويتى ·

ويقوم حكم القرينة المنصوص عليها فى المادة المقترحة على أساس الغالب المألوف فى الواقع العملى ، ومن ثم فانه لايناقض قواعد الفقه الاسلامى فى اثبات الحيازة ·

(مادة ٩٢٥)

اذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة ، افترض أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز الى أن يثبت العكس ·

هذه المادة تقابل المادة ٩٦٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« اذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة ان حائزه هو من له الحيازة المادية ، الا اذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » ·

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية · وحذفت العبارة الأخيرة منها ، لأن حكمها يدخل فى نطاق اثبات العكس ·

وما تتضمنه المادة المقترحة انما هو افتراض يتحدد فى ضوئه عبء الاثبات ، وليس قرينة قانونية . فمن تكون له الحيازة المادية يفترض لصالحه أن حيازته صحيحة يتوافر لها العنصر المادى والمعنوى ، وانها برئية من العيوب . وعلى من يدعى غير ذلك أن يقيم الدليل على مايدعيه . فاذا نجح الحائز فى اثبات الحيازة المادية ، وهى واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق ، قام هذا الافتراض لصالحه ، ويستطيع المدعى أن ينقض هذا الافتراض بأن يقيم الدليل على عدم توافر العنصر المعنوى ، أو يقيم الدليل على ان الحيازة مشوبة بعيب .

والمادة المقترحة تطابق العبارة الأولى من المادة ٩١٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١/١١٧٥ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٩٦٣ من التقنين المصرى الحالى .

ويقوم حكم الافتراض المنصوص عليه فى المادة المقترحة على أساس الغالب المألوف فى الواقع العملى . ومن ثم فانه لايناقض قواعد الفقه الاسلامى فى اثبات الحيازة . (أنظر م ١٧٥٥ من المجلة : « اذا تنازع شخصان فى عقار ، وادعى كل منهما كونه ذا اليد فى ذلك العقار ، فتطلب البينة من كل واحد منهما على كونة ذا اليد .... ») .

(مادة ٩٢٦)

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٩٦٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣/١١٤٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢/١١٧٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٩١٦ من التقنين الكويتى .

فبمقتضى المادة المقترحة اذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية ، وحسن النية مفترض ، فانه يبقى حائزا حسن النية ، الى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته . واذا ثبت أن الحائز سىء النية ، فانه يبقى حائزا سيىء النية . وتنتقل حيازته بصفتها هذه الى وارثه ، فيعتبر الوارث سىء النية مثل مورثه الى ان يثبت أنه حسن النية .

كذلك اذا كانت الحيازة فى بدايتها حيازة حقيقية فتعتبر انها ظلت كذلك . فاذا ادعى شخص آخر ان هذه الحيازة قد تحولت الى حيازة عرضية وقع عليه عبء اثبات هذا الادعاء ، كان يثبت مثلاانه اشترى الشىء من الحائز ثم تركه فى يده بموجب عقد ايجار . وعلى العكس من ذلك ، اذا اثبت شخص غير الحائز ان الحيازة فى بدايتها كانت حيازة عرضية ، فان هذه الحيازة تعتبر انها قد ظلت حيازة عرضية . فاذا ادعى الحائز ان هذه الحيازة قد تحولت الى حيازة حقيقية ، وجب عليه أن يثبت وقوع هذا التحول باحدالطريقين اللذين نصت عليهما المادة ٩٢٢ / ٢ .

والأمر يتعلق هنا بافتراض يتحدد فى ضوئه عبء الاثبات .

ويقوم حكم الافتراض المنصوص عليه فى المادة المقترحة على أساس الغالب المألوف فى الواقع العملى ، ومن ثم فانه لا يناقض قواعدالفقه الاسلامى فى اثبات الحيازة . بل تؤيده القاعدة التى تقول : « الاصل بقاء ما كان على ما كان » (م ٥ من المجلة) .

٣ – الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(مادة ٩٢٧)

١ – يعتبر الحائز حسن النية اذا كان يجهل انه يعتدى على حق الغير . الا اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

٢ – واذا كان الحائز شخصا اعتباريا ، فالعبرة بنية من يمثله .

٣ – وحسن النية يفترض ، مالم يقم الدليل على العكس ، أو ينص القانون على خلاف ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٩٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدى على حق الغير ، الا أذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

٢ – فاذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من يمثله .

٣ – وحسن النية يفترض دائما ، مالم يقم الدليل على العكس . » وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية .

كما أضيفت فى نهاية الفقرة الثالثة عبارة « أو ينص القانون على خلاف ذلك » . فافتراض حسن النية فى الحائز هوالأصل اخذا بالغالب فى الواقع العملى ، وبمقتضاه يتحدد عبء الاثبات . فاذا ادعى شخص آخر أن الحائز سىء النية ، وقع عليه عبء اثبات سوء النية . وقد ينص القانون فى حالة معينة على عدم افتراض حسن النية فى الحائز وتكليفه اثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٩٢٩ من أن « تنتقل الحيازة الى الخلف العام بصفاتها . على انه اذا كان السلف سىء النية ، واثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له ان يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا ان حائزا ثبت سوء نيته ، ثم انتقلت حيازته الى وارثه فاصبح الوارث هو الحائز . ففى هذه الحالة لا يفترض حسن النيه لدى الحائز وهو الوارث ، اذ أن الحيازة تنتقل اليه بالصفة التى كانت لها لدى المورث ، ومن ثم يعتبر الوارث حائزا سيىء النية كما كان مورثه ، فاذا ادعى حسن نيته كان عليه اثبات ذلك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٤٨ / ١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٧٦ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩١٤ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المبادىء العامة فى الفقه الاسلامى . وتؤيده القاعدة التى تقول : « الامور بمقاصدها ، يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر » (م٢ من المجلة) .

(مادة ٩٢٨)

١ ـ يصبح الحائز سىء النية من الوقت الذى يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير .

٢ ـ ويعتبر الحائز سيىء النية من وقت اعلانه فى صحيفة الدعوى بما يفيد ان حيازته اعتداء على حق الغير . كما يعتبر سىء النية اذا اغتصب الحيازة بالاكراه من غيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

«١ ـ لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذى يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير .

٢ ـ ويزول حسن النية من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب الحيازة بالاكراه من غيره .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية مراعاة للدقة فى التعبير .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٨٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٧٧ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٩٦٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٩١٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٤٨ / ٢ من التقنين العراقى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المبادىء العامة فى الفقة الاسلامى . وتؤيده القاعدة التى تقول : « الامور بمقاصدها ، يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » (م٢ من المجلة) .

ـ انتقال الحيازة

(مادة ٩٢٩)

تنتقل الحيازة الى الخلف العام بصفاتها . على أنه اذا كان السلف سىء النية ، واثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ من التقنين الحالى.

وتطابق المادة ٩١٧ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٤٩ / ١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٧٣ / ٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٠٦ /١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٤٦٣ .

وفى الفقة الاسلامى فى المذهب المالكى يقول الفقهاء بأضافة مدة حيازة المورث الى مدة حيازة الوارث . حيث ينقل الحطاب عن ابن رشد قائلا : « وقال ابن رشد ، فى رسم سلف من سماع ابن القاسم ، من كتاب الاستحقاق : واما المدة فينبغى أن يستوى فيها الوارث والمورث ، لعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم : من حاز شيئا عشر سنين فهو له . وتضاف مدة حيازة الوارث الى مدة حيازة المورث . مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ، وكان مورثه قد حاز خمسة أعوام ، فيكون ذلك حيازة عن الحاضر » (شرح الحطاب ج٦ ص٢٢٤) . ويقول الخرشى : « ثم أن مدة العشر سنين تلفق من حيازة الوارث ومورثه ، وكذا مورث مورثه » (شرح الخرشى ج ٧ ص ٢٨٦) . ويقول عليش : وتلفق مدة العشر من حيازة الوارث ومورثه . مثل أن يكون المورث قد حاز خمس سنين والوارث كذلك. قاله فى مختصر المتيطية . ويجرى ذلك فى المدة الطويلة الزائدة عن هذه ، والقصيرة عنها . كما فى قوله : ففى الدابة وأمة الخدمة السنتان الخ ، وكذا السنة » (فتح العلى المالك ج٢ ص٣١٦) .

وفى المذهب الحنفى كذلك تضم مدة حيازة المورث الى مدة حيازة الوارث ، كما تضم مدة حيازة الموصى الى مدة حيازة الموصى له . فقد نصت المادة ١٥٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : «لواضع اليد على العقار أن يضم الىمدة وضع يده وضع يدمن انتقل منه العقار اليه،سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو ارث أو غير ذلك ، فأن جمعت المدتان وبلغت المدة المحددة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى المالك المطلق ولا دعوى الارث ولا الوقف . وتناولت المادة ١٦٧٠ من المجلة الحكم من جانب المدعى ، بحيث يأتى شاملا للتقادم المسقط والتقادم المكسب ، فنصت على ما يأتى : اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضا مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان ، فلا تسمع » .

(مادة ٩٣٠)

تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره اذا اتفقا على ذلك ، وكان فى أستطاعة من انتقلت اليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشىء المحمل بهذا الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٩٥٢ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى طفيف .

وتتفق مع المادة ١١٧٤ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩١٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٠٣) فى مجموعة الأعمال التحضرية ج٦ص٤٦٣ . ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٩٣١)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى اذا استمر الخلف واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه .

هذه المادة تطابق المادة ٩٥٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩١٩ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى .

ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقة الاسلامى

مادة ٩٣٢

١ - يجوز أن يتم نقل الحيازة اذا تسلم الخلف مايمكنه من التسلم المادى للشىء .

٢ - فتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . على أنه اذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فان الافضلية تكون لمن تسلم البضاعة .

هذه المادة تقابل المادة ٩٥٤ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى « ١ - تسليم المستندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى امين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢ - على أنه اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فان الافضلية تكون لمن تسلم البطاعة » .

وقد عدلت هذه المادة بأن افردت فقرة أولى لتقرير القاعدة فى هذا الصدد . حيث يصح أن تنتقل الحيازة انتقالا رمزيا ، وذلك اذا تسلم الحائز أداة يستطيع بواسطتها أن يتسلم الشىء تسلم الشىء تسلما ماديا ، كما لو تسلم المشترى مفاتيح المنزل المبيع أو تسلم مفاتيح المكان الذى توجد به المنقولات المبيعة . فالصورتان المذكورتان، وهما تسلم سندات البضائع المعهود بها الى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة فى المخازن ، انما هما مثلان لانتقال الحيازة انتقالا رمزيا .

كما عدلت بجمع فقرتيها فى فقرة واحدة ، هى الفقرة الثانية فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٤٦٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٢٠ من التقنين الكويتى .

ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٩٣٣)

يجوز للخلف الخاص ان يضم الى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من اثر .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٢١ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٢/١١٤٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٢/١١٧٣ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٢/١٤٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٦٣

وفى الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى يجوز للخلف الخاص أن يضم الى حيازته حيازة سلفه . فقد نصت المادة ١٥٣ من مرشد الحيرنا على ما يأتى : « لواضع اليد على العقرا أن يضم الى مدة وضع يد من انتقل منه العقار اليه ، سواء كان انتقالة بشراء أو هبة أو وصية أو ارث أو غير ذلك ، فان جمعت المدتان وبلغت المدة المحددة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى المالك المطلق ولا دعوى الارث ولا الوقف » . وتناولت المادة ١٦٧١ من المجلة الحكم فى حالة تضم فيها مدة ترك السلف للدعوى الى مدة تسرك الخلف الخاص لها لصالح حائز ، فنصت على ما يأتى : « البائع والمشترى والواهب والموهوب له كولمورث والوارث . مثلا اذا كان أحد متصرفا فى عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ، ثم عندما بيعت الدار ادعى المشترى بان هذه العرصة طريق خاص للدار التى اشتريتها ، فلا تسمع دعواه . كذلك لو سكت البائع مدة والمشترى مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان ، لا تسمع دعوى المشترى » .

٥ ـ زوال الحيازة

(مادة ٩٣٤)

١ ـ تزول الحيازة ، فتنقطع مدة التقادم المانع من سماع الدعوى، اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة باية طريقة أخرى .

٢ ـ غير أن هذه المدة لا تنقطع بفقد الحيازة ، فلا تعتبر الحيازة انها قد زالت ، اذا وردت على عقار واستردها الحائز خلال سنة أو رفع الدعوى باستردادها فى هذا الميعاد .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق مع المادة ٩٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة باية طريقة أخرى » .

وقد أضيفت الى هذا النص عبارة « فتنقطع مدة التقادم المانع من سماع الدعوى » . اذ أن هذا السبب لانقطاع مدة التقادم المانع من سماع الدعوى ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لان المفروض فيه أن تزول الحيازة ، والحيازة لا تكون الا فى التقادم المكسب .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة اذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد » .

وقد أضيف الى هذا النص ما يوضح الحكم الوارد فيه .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٢٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادتين ١١٧٨ و ١١٨٧ من التقنين الاردنى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ١١٦١ من التقنين العراقى .

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الاسلامى . فالفقرة الأولى منها تتضمن حكما تقتضيه طبيعة الاشياء . والفقرة الثانية يرمى حكمها الى حماية الحائز عند فقده للحيازة .

(مادة ٩٣٥)

١ ـ لا تزول الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى .

٢ ـ ولكن تزول الحيازة اذا كانت واردة على عقار وسلبت بحيث نشأت حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو بغير علمه واستمرت سنة كاملة دون ان يسترد حيازته . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة اذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز بها اذا بدأت خفية .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٥٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ لا تنقضى الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى .

٢ ـ ولكن الحيازة تنقضى اذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة اذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها اذا بدأت خفية » .

وقد عدلت هذه المادة وأضيف اليها بما يوضح الحكم الوارد فيها . ويعتبر الحكم الوارد فى الفقرة الثانية منها وفى الفقرة الثانية من المادة المقترحة الصورة العكسية للحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة السابقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٧٩ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٢/٩٢٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٢/١١٥٠ من التقنين العراقى . وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الاسلامى .

٦ ـ آثار الحيازة

(مادة ٩٣٦)

من كان حائزا للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس.

هذه المادة تطابق المادة ٩٦٤ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ٩٢٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١/١١٥٧ من التقنين العراقى .

فاذا قام نزاع على الملكية أو على حق عينى آخر ، فان الحائز يصبح بفضل الحيازة فى مركز المدعى عليه فى الدعوى . ذلك ان عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الظاهر . ويتحدد هذا الظاهر بحسب المألوف الذى يغلب وقوعه . فهو فى هذا الصدد ان من يحوز الحق يفترض فيه أنه صاحبه . فحائز الحق لا يكون عليه ان يثبت أنه صاحبه ، حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه ، وعلى من يدعى غيره أنه صاحب هذا الحق أن يقيم الدليل على ما يدعيه . ويتضح من هذا أن النص المقترح يتضمن افتراضا يتحدد فى ضوئه عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة فى هذا الشأن .

وكون الحائز هو المدعى عليه فى دعوى الحق العينى يكفل له مركزا ممتازا فى هذه الدعوى ، حيث لا يجب عليه أن يثبت شيئا ، وانما يقع على الخصم الذى ينازعه فيدعى أنه صاحب الحق عبء اثبات مايدعية.

فاذا اخفق الخصم فى هذا الاثبات رفضت دعواه.فتظل الحيازة للحائز. على ان هذا لايعنى التسليم للحائز بأنه صاحب الحق ، وانما يعنى فحسب ان خصمه عجز عن اثبات ادعائه ، فيبقى الوضع على ما كان عليه قبل رفع الدعوى ، لانه لم يطرأ حينئذ مايدعو الى تغييره . فاذا صار الخصم فيما بعد هو الحائز للحق محل النزاع ورفع الحائز السابق عليه دعوى الاستحقاق ، فلا يمكن لهذا الحائز السابق أن يحتج بالحكم السابق للتدليل على ملكيته .

قارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١٥/ ١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٨٣ .

وفى الفقة الاسلامى تعتبر الحيازة كالشاهد على الملك : يقول الحطاب فى شرح قول خليل : « ختم رحمة الله كتاب الشهادات بالكلام على الحيازة لانها كالشاهد على الملك » (شرح الحطاب ج٦ ص٢٢١) . والأفتراض الذى تتضمنه المادة المقترحة يتفق مع الأصل المقرر فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الوضعى وهو أن البينة على المدعى .

(مادة ٩٣٧)

١ ـ لحائز العقار ، اذا فقد الحيازة ، ان يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها اليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت انكشافه .

٢ ـ ويجوز أيضا لمن كان حائزا لحساب غيره أن يطلب استرداد الحيازة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ لحائز العقار ، اذا فقد الحيازة ، ان يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها اليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت ان ينكشف ذلك » .

٢ ـ ويجوز ايضا ان يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره » .

وقد عدلت عبارة الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى على النحو الوارد فى المادة المقترحة مراعاة للدقة فى التعبير .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٤٠٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٧٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٥٠ / ١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٩٢٤ من التقنين الكويتى .

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الاسلامى ، حيث يراد بها حماية الحيازة لصالح الحائز .

(مادة ٩٣٨)

١ ـ اذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الاحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فاذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ .

٢ ـ أما اذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الاحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى .

هذه المادة تطابق المادة ٩٥٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٢٥ من التقنين الكويتى ، فيما عدا مدة الاسترداد اذ هى فى هذه المادة ثلاث سنوات .

وتقابل المادة ١١٥٠/٢ و ٣ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٧٩ .

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقة الاسلامى ، حيث توازن بين مصلحة الحائز الأول ومصلحة الحائز الثانى عند فقد الحيازة ، فترجح أحداهما على الاخرى بحسب السند الذى يحتج به الحائز والطريقة التى تم بها فقد الحيازة .

(مادة ٩٣٩)

للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة العقار المغتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية .

هذه المادة تطابق المادة ٩٦٠ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال كلمة « العقار » بكلمة « الشىء » .

وتتفق مع المادة ٩٢٦ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص٤٧٩

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ، لانه يهدف الى حماية الحيازة لصالح الحائز .

(مادة ٩٤٠)

لحائز العقار ، اذا استمرت حيازته سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض فى حيازته ، ان يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٦١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، ثم وقع تعرض فى حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٤٧٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٥٤ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٩٦١ من التقنين المصرى الحالى .

وتطابق المادة ٩٢٧ من التقنين الكويتى ، فيما عدا المدة التى ترفع الدعوى خلالها اذ هى ثلاث سنوات .

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ، لانه يهدف الى حماية الحيازة لصالح الحائز .

(مادة ٩٤١)

١ـ لحائز العقار ، اذا استمرت حيازته سنة كاملة ، وخشى لاسباب معقولة التعرض له من جراء اعمال جديدة تهدد حيازته ، ان يرفع دعوى بوقف هذه الأعمال ، طالما انها لم تتم ولم ينقض عام على البدء فيها .

٢ ـ وللمحكمة ان تحكم بعدم استمرار الأعمال اوان تاذن فى استمرارها ، ولها فى الحالين أن تامر بتقديم تامين كاف ، يكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناجم عن هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، ويكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائى لمصلحتة .

هذه المادة تقابل المادة ٩٦٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، وخشى لاسباب معقولة التعرض له من جراء اعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر الى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط الا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شانه أن يحدث الضرر .

٢ ـ وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال او أن يأذن فى استمرارها، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشىء من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائى لمصلحته » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . واستبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « تامين كاف » بعبارة « كفالة مناسبة » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤١٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٤٧٩ و ٤٨٠ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٥٥ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٩٦٢ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٩٢٨ من التقنين الكويتى .

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ، لانه يهدف الى حماية الحيازة لصالح الحائز .

(مادة ٩٤٢)

١ ـ للحائز الحق فيما يقبضه من ثمار وما يحصل عليه من منفعه ما دام حسن النية .

٢ ـ وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها . وتعتبر الثمار المدنية مقبوضة يوما فيوما . ويعتبر الحصول على المنفعة أنه قد تم يوما فيوما .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٩٧٨ و ٩٨٣ فقرة أولى من التقنين الحالى.

فالمادة ٩٧٨ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ ـ يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية .

٢ ـ والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما » .

والمادة ٩٨٣ فقرة أولى من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« اذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشىء وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشىء اليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

وقد ادمجت أحكام هاتين المادتين فى المادة المقترحة ، لان حكم الثمار هو حكم المنفعة ، حيث يكسب الحائز كليهما مادام حسن النية. بل انهما يتداخلان بحيث يشملان استعمال الشىء واستغلاله .

كما أضيف الى النص أن الحصول على المنفعة يعتبر قد تم يوما فيوما، شأنها فى ذلك شأن الثمار المدنية ·

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٠ و ١٤٣٥/١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥١٨ و ٥٢٨ ·

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٦٥ من التقنين العراقى ·

وتتفق مع المادة ١١٩١ من التقنين الاردنى ·

وتتفق مع المادة ٩٢٩ من التقنين الكويتى ·

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، مادام الحائز حسن النية ، اذ أن هذا يعنى اعتقاده بانه يحصل على ما هو من حقه ·

(مادة ٩٤٣)

يكون الحائز مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن المنفعة التى حصل عليها والثمار التى يقبضها أو التى قصر فى قبضها · ويجوز له أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار ·

هذه المادة تقابل المادة ٩٧٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار » ·

وقد ادخلت تعديلات لفظية على هذا النص · وأضيف اليه ما يفيد ان الحائز سيء النية يكون مسئولا ايضا عن المنفعة التى حصل عليها · فاذا وردت الحيازة على منزل ، وانتفع به الحائز بسكناه ، كان مسئولا عن قيمة المنفعة التى حصل عليها ·

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٥١٨

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٣٠ من التقنين الكويتى ·

وتقابل المادة ١١٦٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٩٧٩ من التقنين المصرى الحالى ·

وتقابل المادة ١١٩٢ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٩٧٩ من التقنين المصرى الحالى ·

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقة الاسلامى ، ما دام الحائز سيء النية ، إذ أن هذا يعنى علمه بانه يأخذ ما ليس من حقه ·

(مادة ٩٤٤)

١ ـ على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ·

٢ ـ وتسرى فى شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين ٨٩٣ و ٨٩٤ .

٣ ـ وليس للحائز ان يطالب بشيء من المصروفات الكمالية · وللمالك ان يستبقى ما استحدثه الحائز من منشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، فان لم يطلب ذلك كان للحائز ان ينتزع ما استحدثه على ان يعيد الشيء الى حالته الأولى ·

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٨٠ من التقنين الحالى التى تنص على على ما يأتى :

« ١ ـ على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ·

٢ ـ أما المصروفات النافعة ، فتسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ·

٣ ـ فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز ان يطالب بشيء منها · ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى ، الا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة » ·

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة ·

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٢٤ ·

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٦٧ من التقنين العراقى ·

وتتفق مع المادة ١١٩٣ من التقنين الاردنى ·

وتتفق مع المادة ٩٣١ من التقنين الكويتى ·

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، حيث روعى فيه مدى أهمية المصروفات التى أنفقها الحائز للمحافظة على الشيء أو تحسينه ، فلا يثرى المالك على حساب الحائز دون حق ·

(مادة ٩٤٥)

على المالك الذى يرد اليه ملكه ان يؤدى الى الحائز الذى تلقى الحيازة من غيره ما أداه هذا الحائز الى سلفه من مصروفات ، وذلك فى حدود مايلتزم به المالك وفقا للمادة السابقة ·

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى الى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فان له أن يطالب بها المسترد » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية . واستكمل حكمها فى نهاية النص باضافة ما يفيد أن المالك لايؤدى الى الخلف الا المقدار الذى كان يحق للسلف مطالبته به وفقا لأحكام المادة السابقة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٢٤ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٣٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٩٤ من التقنين الاردنى .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، فهو نتيجة لازمة لحكم المادة السابقة .

(مادة ٩٤٦)

يجوز للمحكمة ، بناء على طلب المالك ، ان تقرر ماتراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . ولها أن تقضى بان يكون الوفاء على اقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية .

هذه المادة تقابل المادة ٩٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:«يجوزللقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بان يكون الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك ان يتحلل من هذا الالتزام ، اذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الاقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية . واستبدلت عبارة « الضمانات الكافية » بعبارة « الضمانات اللازمة » مراعاة للدقة فى التعبير . وحذف الحكم المنصوص عليه فى نهاية المادة جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٣٣ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يدعو اليه الشرع الاسلامى من التيسير على المدين فى الوفاء بالدين . وذلك استنادا الى قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

(مادة ٩٤٧)

لايكون الحائز حسن النية مسئولا قبل من يستحق الشىء عما يصيبه من هلاك أو تلف ، الا بقدر ماعاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف .

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ولا يكون الحائز (حسن النية) مسئولا عما يصيب الشىء من هلاك أو تلف ، الابقدر ماعاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

وقد أدخل على هذا النص تعديل لفظى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٩ / ٢ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٢٨ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٣٤ / ١ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٩٥ / ٢ من التقنين الأردنى .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، مادام الحائز حسن النية ، فلا مأخذ عليه اذا هلك الشىء أو تلف بسبب لايد له فيه .

(مادة ٩٤٨)

يكون الحائز سىء النية مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن سبب لايد له فيه ، الا اذا أثبت ان الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٨٤ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « اذا كان الحائز سيىء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى ، الا اذا أثبت ان الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية . واستبدلت عبارة سبب لا يد له فيه » بعبارة « حادث فجائى » ، لان المقصود أن يكون الهلاك او التلف بسبب أجنبى عن الحائز .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٢٨ و٥٢٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٦٨ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٩٨٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١١٩٦ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٣٤ /٢ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، مادام الحائز سيىء النية .

(مادة ٩٤٩)

من حاز حق ملكية او حقا عينيا آخر على عقار غير مقيد فى السجل العينى ، أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول ، مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى بالملكية أو بحق عينى آخر من احد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعى .

هذه المادة تقابل المادة ٩٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار؛ دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشىء أو الحق العينى اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » .

وقد أخذ المشروع فيما يتعلق بالمادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدأ كسب الحق بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

ويراعى فى تطبيق المادة المقترحة ما ياتى :

اولا : أن الحق العينى العقارى المحاز يجب الا يكون مقيدا فى السجل العينى . فحين يصبح نظام هذا السجل نافذا ، لايبقى مجال لكسب هذا الحق من طريق عدم سماع الدعوى به على من يحوزه المدة المقررة . ذلك ان مجرد القيد فى السجل له حجية مطلقة فى حق الجميع . فلو ان هناك عقد بيع عقار قيد فى السجل العينى فانتقلت الملكية الى المشترى بهذا القيد ، فان المشترى يبقى مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده الى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ولايتملك الحائز العقار بالتقادم . وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى فى هذا المعنى على أنه « يكون للسجل العينى قوة اثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولايجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » . وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل . اذ بمقتضاه يحظر التملك بالتقادم فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . وعند التصرف فى الحق العقارى ، لايقبل فى اثبات أصل الملكية أو الحق العينى سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العينى (م ٤٨ من قانون السجل العينى) .

ثانيا : ان الحائز فى هذا الصدد هو الذى يحوز الحق حيازه شرعية ، وهى حيازه يتوفر فيها العنصر المادى والعنصر المعنوى وتكون بريئة من العيوب .

ثالثا : ان الحيازة يجب أن تستمر مدة خمس عشرة سنة دون انقطاع .

رابعا : ان الحائز يجب أن يدعى ملكية الشىء المحاز أو أنه صاحب حق عينى عليه . فلا يجدية ان يستند الى مجرد الحوز طوال المدة المقررة ، وذلك على خلاف الحكم فى التقنين الحالى . وفى هذا يقول الدسوقى ، وهو من فقهاء المالكية : « ويبقى شرط خامس ، هو ان يدعى الحائز وقت المنازعة ملك الشىء المحاز ، واما اذا لم يكن له حجة الا مجرد الحوز فلا تنفعة » (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٥) . وذلك انطلاقا من قاعدة أساسية فى الشريعة الاسلامية جاءت فى الحديث الشريف الذى يقول : « لا يبطل حق أمرىء مسلم وان قدم » . وعليه اذا أقر الحائز بحق المدعى ، فان الدعوى تسمع .

خامسا : ان الحائز لا تطلب منه البينة على ما يدعيه ، كما ان المدعى لا تقبل منه البينة على ما يدعيه .

يقول التسولى : « الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه ، وبأى سبب صار له » (كتاب البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٣٩) . ويقول : « وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عاملة ، أى انها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكه ، ومحل قطعها لذلك اذا لم يعلم أصل مدخله . أما اذا علم ، ككونه دخل بكراء من القائم أو اسكان أو مساقاة ونحو ذلك ، فانها لاتقطعها ولو طالت » (المرجع المذكور ص ٢٣٨) . ويفهم من هذا النص ان الحيازة الشرعية تنتج أثرها لمصلحة الحائز ، أى تقطع حجة القائم وهو المدعى ملكية المال المحاز مع علم اصل ملكه ، اى معرفة أصل ملك المدعى للمال المحاز عليه . فبالرغم من اثبات المدعى لملكيته للمال المحاز عليه ، فان الحائز يستحق ملكية هذا المال دونه . كما يفهم منه انه مع العلم بأصل الملك للمدعى ، فانه يجب عدم العلم بأصل مدخل الحائز فى الحيازة . وهذا يعنى الا تكون الحيازة عرضية ، اذ لو علم أن دخول الحائز كان بسبب اجارة أو ما أشبه فالحيازة عرضية ، ومن ثم لا تنتج أثرها لمصلحة الحائز .

ويقول خليل : « وان حاز اجنبى غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين ، لم تسمع ولا بينته ، الا باسكان ونحوه » (مختصر العلامة خليل ، ومؤلفه خليل ابن اسحق المالكى ، ص ٢٧٢) . ويفهم من هذا النص ان الحيازة الشرعية ، وهى التى استوفت شروطها ، تجعل دعوى مدعى ملكية المال المحاز غير مسموعة، ولاتسمع بينته ، أى لايقبل منه اثبات ملكيته لهذا المال ، لأن الحيازة الشرعية تعتبر بينة أقوى من بينة مدعى الملكية . وانما تقبل بينة المدعى اذا كانت خاصة باثبات ان الحيازة عرضية بايجار ونحوه ، اذ فى هذه الحالة لاتكون الحيازة حيازة حقيقية فلا تنتج أثرها لصالح الحائز .

سادسا : ان يترك المدعى الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعى يحول بينه وبين أن يرفعها . اذ أن هذا القدر من شانه ان يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى لصالح المدعى ، فتسمع دعواه ، ويقضى له اذا نجح فى اقامة الدليل على ما يدعيه .

يقول خليل : « ثم ادعى حاضر ، ساكت بلا مانع » (المرجع السابق) .

ويقول المواق : « وقال ابن الحاجب : العمارة مدة طويلة والمدعى شاهد ساكت ، ولا مانع من خوف ولا قرابه ولا صهر وشبهه ، فغير مسموعة » (على هامش شرح الحطاب ج ٦ ص ٢٢١) .

ويقول الحطاب : « الا أن تكون اليد كلايد ، مثل ان يكون غاصبا اوذا سلطان غير مسقط » (شرح الحطاب ج ٦ ص ١٩٢) . ويقول أيضا : « وقوله ساكت يعنى أنه يشترط ايضا فى الحيازة ان يكون المدعى ساكتا فى مدة الحيازة . واحترز بذلك عما لو تكلم قبل مضى مدة

الحيازة ، فان حقه لايبطل . وقوله بلا مانع يعنى أن سكوت المدعى فى المدة المذكورة انما يبطل حقه اذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام، حقه لايبطل . وفسر أبن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر ، وقد احترز المصنف من القرابة والصهر بقوله أولا(أجنبى) فيكون المرادبالمانع فى كلامه : الخوف ، أى خوف المدعى من الذى فى يده العقار ، لكونه ذا سلطان أو مستندا لدى سلطان ، فان سكوته لذلك لم يبطل حقه. قال الجزولى : وكذلك اذا كان للحائز على المدعى دين ، وخاف ان نازعه ان يطلبه ، ولا يجد من أين يعطيه . ما انتهى . فتأملة . ويدخل فى المانع ما اذا كان المدعى صغيرا أو سفيها فان سكوته لايقطع دعواه قال ابن فرحون فى تبصرته (المرجع السابق ص ٢٢٢) .

ويقول ابن فرحون : « ويشترط فى الحيازة ان يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز ، ولابينه وبينه قرابه ، ولامصاهرة ، ولامصادقة، ولا شركة » (على هامش فتح على المالك ، لعليش ج٢ ص ٩٥) .
وقال فى الحيازة على الغائب : « الا أن يكون له عذر مثل أن يكون فى يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو يكون ضعيفا ، أو مختلا ، أو امراه محجوبة ، وما اشبه ذلك من العذر فيكون على حقه ابدا ... وان لم يكن ضعيفا فى بدنه ، ولا مختلا فى عقله ، واراه على حقه أبدا ، مازال غائبا ، لانه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف » (تبصرة الحكام ، على هامش فتح العلى المالك ، لعليش ، ج ٢ ص ٧٧) .

ويقول الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير : « وكذا قوله : أوقام به مانع .. (قوله ونحوه) : من ذلك ما اذا كان الموضع لايتيسر فيه من يزجر ويرجع اليه . ولذا قال ابن عمر : الحيازة انما تكون فى موضع الأحكام ، واما فى البادية ونحوها فلا حيازة . ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز ، أو من سطوة من استند اليه الحائز. ولذا ذكر (ح) وغيره ان لاحيازة لذوى الشوكات والتغلب » (حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٠٧) .

سابعا : أنه اذا توفرت الشروط السالفة الذكر ، فان الحكم الذى يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز . اذ ان الحيازة حينئذ تعتبر دليلا على الملك أو غيره من الحقوق العينية .

والفقهاء الذين تقدم ذكرهم فى هذا المقام هم جميعا من فقهاء المذهب المالكى (انظر محمد عبد الجواد ، الحيازة والتقادم فى الفقه الاسلامى فقرة ٣٧ و ٧٧ و ١٣٨ و ١٤٨ و ١٥٠) .

وقد نصت المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « من حاز عقارا أو منقولا مدة يقضى العرف بان الحيازة فيها حيازة ملك ، فانه يستحقه بهذه الحيازة ولا تسمع معها دعوى من ينازعه فى ملكيته له ولا بينته » . وجاء فى ايضاح هذه المادة مايأتى : « ومعنى أن الحيازة لاتسمع معها دعوى المنازع فى الملكية أنه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى واليمين على من انكر ، وهذا لا ينافى أنها تسمع منه سماع استيضاح لاحتمال ان الحائز يقر له بملكيته للشىء المحاز مثلا ، وانما لم تسمع دعوى المنازع للحائز مع الحيازة التى يقضى العرف بأنها حيازة ملك ، لان العرف يكذبه فى دعوى ملكيته للشىء المحاز لجريان العادة بان مالك الشىء لايسكت على حيازة الغير له وتصرفه فيه تصرف المالك فى ملكه هذه المدة (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٤١٤ وما بعدها) . الشرح الكبير وحاشيته ج٤ ص٢٠٦ وما بعدها) .

ونصت المادة ٥٢٠ من هذا المشروع على ما يأتى : « يشترط فى الحيازة التى لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بينته ما يأتى
(١) ان يتصرف الحائز فى الشىء المحاز بأى نوع من أنواع التصرف ان كان اجنبيا من المنازع غير شريك له فى الشىء المحاز أو بنوع يخرجه من يده أو يغير ذاته ان كان أجنبيا شريكا أو كان قريبا مطلقا .

(٢) ان يدعى حين المنازعة ملكيته للشىء المحاز ولو لم يبين سبب الملكية.

(٣) أن يكون المنازع للحائز حاضرا ببلد الشىء المحاز وعلم بالحيازة وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة » . وجاء فى ايضاح هذه المادة ما يأتى : « تصرف الحائز فى الشىء المحاز بأى نوع من أنواع التصرف كتصرفه فيه ببيع أو هبه ، أو كثير بناء أو هدم أو كثير غرس شجر أو قطعة أو استغلاله باجازة أو مساقاة ، أو انتفاعه به بزرع اوسكنى. وتصرفه فية بنوع يخرجه من يده أو يغير ذاته كتصرفه فية ببيع أو هبة أو بكثير بناء أو هدم أو كثير غرس شجر أوقطعه . ومعنى الاطلاق فى قريب المنازع هو كونه شريكا له أو غير شريك . والمرادبحضورالمنازع ببلد الشىء المحاز هو حضوره به حقيقة أو حضوره به حكما بأن يكون قريبا منه بحيث لايخفى عليه حال الشىء المحاز . والمراد بالعذر هو المانع الذى يحمله على عدم المطالبة بحقه كاكراهه على السكوت أو صغره أو سفهه أو جهله بملكيته للشىء المحاز . أما جهله بأن الحيازة تسقط حق المنازع وتقطع بينته فلا يعذر به . ويعلم من هذا النص :أولا أن تصرف الاجنبى الذى ليس شريكا يكفى فيه أن يكون بأى نوع من أنواع التصرف ، بخلاف تصرف الاجنبى الشريك او القريب مطلقا فانه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج الشىء المحاز من يده أو يغير ذاته . وثانيا أن مجرد الحيازة بدون دعوى الملكية لا يكفى فى استحقاق الحائز للشىء المحاز ، لان الحيازة لا تنشىء ملكا وانما تدل على الملك المدعى . وثالثا أنه اذا تخلف شرط من شروط الحيازة فانها لا تعتبر وتسمع معها دعوى المنازع وبينته . وما جرينا عليه فى الفقرة الثانية هو القول المعتمد ، للاستغناء عن بيانه بدلالة الحيازة عليها ، وقيل لابد من بيان سببها (الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٤١٤ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٠٦ . شرح المجموع ج ٢ ص ٢٧٨) .

وفى المذهب الحنفى نصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على ما يأتى « لاتسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث ومالايعود من الدعاوى الى العامة ولا الى أصل الوقف فى العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعه أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة » .

ونصت المادة ١٥١ من مرشد الحيران على ما يأتى : « من كان واضعا يده على عقار أو غيره ومتصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض مدة ١٥ سنة ، فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الارث من احد ليس بذى عذر شرعى ان كان منكراً » . ونصت المادة ١٥٧ على مايأتى : « اذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية فى المدة المحدودة، كان كان المدعى غائبا او قاصرا أو مجنونا ولا ولى لهما ولا وصى ، فلا مانع

من سماع دعوى الملك أو الارث أو الوقف ، ما لم يحضر الغائب ويبلغ الصبى ويفق المجنون ويترك الدعوى بعد حضورة أو بلوغه أو اقامته مدة تساوى المدة المحدودة » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/١١٥٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١١٨١ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩٣٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٥٠)

١ ـ من حاز حق ملكية او حقا عينيا آخر على عقار غير مقيد فى السجل العينى ، مدة خمس سنوات ، وكانت حيازته مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى بالملكية أو بحق عينى آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعى .

٢ ـ ويجب أن يتوافر حسن النية طوال مدة الحيازة .

٣ ـ والسبب الصحيح تصرف قانونى من شانه ان ينقل الحق أو ينشئه لو أنه كان صادرا من صاحب الحق . ويجب أن يكون قد تم شهره وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ٩٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى ، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات .

٢ ـ ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق .

٣ ـ والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء أو صاحب الحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون » .

وعلى نحو ما تقدم ذكره عن المادة السابقة ، فقد أخذ المشروع فى المادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من مبدأ كسب الحق بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

ويراعى فى تطبيق المادة المقترحة ما ياتى :

أولا : أن الحق العينى العقارى المحاز يجب الا يكون مقيدا فى السجل العينى . وذلك للاسباب التى تقدم ذكرها عن المادة السابقة .

ثانيا : أن الحائز فى هذا الصدد هو الذى يحوز الحق حيازة شرعية بالمعنى الذى تقدم ذكره .

ثالثا : أن الحيازة يجب أن تستمر مدة خمس سنوات دون انقطاع . ويرجع تقصير المدة فى هذه الحالة الى توافر حسن لنيه والسبب الصحيح لدى الحائز .

رابعا : أن الحائز يجب أن يدعى ملكية الشىء المحاز أو أنه صاحب حق عينى عليه . وهذا أمر طبيعى ، مادام أنه حسن النية ولديه سبب صحيح . واذا كان الحائز يجب عليه هذا الادعاء فى التقادم الطويل ، فالأولى أن يكون هذا الادعاء واجبا عليه فى التقادم القصير ، اذ أن هذا التقادم الأخير يجب أن يتوافر فيه حسن النيه وهو اعتقاد الحائز أنه يتلقى الحق من صاحبه ، كما يجب توافر السبب الصحيح الذى يدل على أن الحائز قد تلقى الحق بموجب تصرف قانونى يعتقد الحائز أنه صادر من صاحب الحق .

خامسا : أن الحائز تطلب منه البينه على ما يدعيه ، كما أن المدعى وهو المنازع تقبل منه البينه على ما يدعيه . وهذا على خلاف ما هو مقرر فى التقادم الطويل .

والذى يجب اثباته فى هذا الصدد لصالح الحائز امران ، هما حسن النية والسبب الصحيح .

اما حسن النية فيفترض توافره لدى الحائز ، وذلك طبقا للاصول العامة التى يتحدد فى ضوئها عبء الاثبات. فيكفى الحائز فى ذلك أن يدعى ملكية الشىء المحاز أو أنه صاحب حق عينى عليه . فاذا صدر منه هذا الادعاء افترض توافر حسن النية لديه . واذا أدعى المنازع عدم توافر حسن النية لدى الحائز ، وجب عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه .

وأما السبب الصحيح فيجب على الحائز أن يثبته ، وذلك وفقا للقواعد العامة فى اثبات التصرف القانونى . ويستطيع المنازع أن يتقدم بأدلة على عدم وجود سبب صحيح .

ومن ثم فما يجب اثباته فى هذا الصدد لصالح المنازع أحد أمرين : فاما أن يثبت المنازع عدم توافر حسن النية لدى الحائز ، أى علم الحائز بانه يتلقى الحق من غير صاحبه ، واما أن يثبت عدم توافر السبب الصحيح .

سادسا : أن حسن النية يجب توافره طوال مدة الحيازة . وهذا على خلاف حكم التقنين الحالى . فلا يكفى أن يتوافر حسن النية لدى الحائز عند تلقى الحق ، بل يجب أن يظل الحائز حسن النية طوال مدة الحيازة . ذلك أن علم الحائز اثناء الحيازة بانه تلقى الحق من غير صاحبه يمكن أن يحمل على معنى الاقرار بحق المنازع ، وهذا الاقرار من شانه أن يستبعد حكم التقادم ، بحيث يؤدى الى سماع الدعوى والقضاء لصالح المنازع . وقد تقدمت الاشارة الى مانصت عليه المجلة من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وأنه اذا أقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م ١٦٧٤ من المجلة) (انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨) . ومن ثم ، اذا نجح المنازع فى اثبات زوال حسن النية لدى الحائز اثناء الحيازة،

اى علم الحائز فى هذه الأثناء بانه تلقى الحق من غير صاحبه ، فانه يحكم لصالح المنازع اذا كانت أدلته الأحرى كافية لاثبات أنه صاحب الحق المحـاز .

سابعا : أن يترك المدعى الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعى .

ثامنا : أنه اذا توافرت الشروط السالفة الذكر ، فان الحكم الذى يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بانه صـاحب الحق المحـاز .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ١١٥٨ / ٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادة ١١٨٢ من التقنين الأردنى .

ولم يعرض الفقه الاسلامى للصورة التى تناولتها المـادة المقتـرحة. ولكن تقصير مدة التقادم فيها يبرره توافر حسن النية والسبب الصحيح لدى الحـائز .

(مادة ٩٥١)

تسرى قواعد التقادم المانع من سـماع الدعوى بالالتزام على التقادم المانع من سماع الدعوى بالملكية أو بحق عينى آخر فيما يتعلق بحساب المدة ووقفها وانقطاعها والاتفاق على تعديلها والتمسك بمنع سـماع الدعوى أمام القضاء والنزول عنه ، وذلك بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة هذا التقادم الاخير ومع مراعاة الأحكام السابقة

هذه المـادة تتفق مع المـادة ٩٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيمايتعلق بحسـاب المدة ووقف التقـادم وانقطاعه والتمسك به أمـام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة ، وذلك بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ، ومع مراعاة الأحكام الآتية:

وتتفق مع المـادة ١١٦٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المـادة ١١٨٨ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المـادة ٩٣٦ من التقنين الكويتى .

ويرجع حكمها الى وجود أحكام مشتركة بين نوعى التقادم ، نظـرا الى اشتراكهما فى الأساس الذى يقوم عليه عدم سماع الدعوى فيهما . ولذلك فان الفقه الاسلامى يعالج النوعين من التقادم فى مقام واحد ، ويجرى عليهما حكما واحدا بالقدر الذى يتفق مع طبيعة كل منهما .

(مادة ٩٥٢)

١ ـ من حاز بسبب صحيح حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول أو سـندا لحامله ، وكان حسن النية وقت حيازته ، فلا تسـمع عليه دعوى بالملكية أو بحق عينى آخر من احد .

٢ ـ فاذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خالبا من التكاليف والقيود العينية ، فلا تسمع عليه دعوى بها من احد .

٣ ـ والحيازة يفترض معها توافر السبب الصحيح وحسن النية .

هذه المـادة تقابل المـادة ٩٧٦ من التقنـين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته .

٢ ـ فاذا كان أحسن النية والسـبب الصحيح قـد توافر لـدى الحائز فى اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانـه يكسـب الملكية خالصة منها .

٣ ـ والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السـبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

وقد آثر المشروع أن ينص فى هذا الصدد على عدم سـماع الدعوى جريا على خطته فيما يتعلق بأثر الحيازة ، وان كان الحكم لا يختلف عن حكم التقنين الحالى ، فاذا حكم بعدم سـماع الدعوى ضد الحائز كان هذا حجة لصالحه بأنه صاحب المنقول أو الحق العينى عليـه أو السـند لحامله .

ويراعى فى تطبيق المادة المقترحة ما ياتى :

اولا : أن الحائز فى هذا الصدد هو الذى يحـوز الحق على المنقـول أو السـند لحاملة حيازة شرعية بالمعنى الذى تقدم ذكره . ويجب فى هذه الحيازة أن تكون حيازة فعلية ، وهى التى تتم بالتسليم المـادى للمنقول فلا يكفى أن تكون حيازة حكمية أو حيازة رمزية .

ثانيا : أن الحائز يجب أن يدعى ملكية المنقول او أنه صاحب حق عينى آخر عليه أو أنه صاحب السـند لحامله . وهذا أمر طبيعى مادام أنه حسن النية ولديه سبب صحيح .

ثالثا : أن الحائز لا تطلب منه البينة على ما يدعيه . اذ أن حسن النية والسبب الصحيح يفترض توافرهما لدى الحائز . وذلك طبقـا للاصول العامة فى تحديد عبء الاثبات . اذ أن الطريقة التى يتم بها التعامل فى المنقول تدعو الى هذا الافتراض ،وهو افتراض يقوم على أساس الظاهر المشهور ، وهو أن حائز المنقول أو السند لحامله هو صاحبه . فلا يكون على الحائز أن يثبت حسن نيته ، فحسن النية مفترض دائما كما هى القاعدة . ولا يكون عليه أن يثبت السبب الصحيح ، اذ أن هذا مفترض توافره أيضا ، مراعاة للطريقة التى يتم بهاالتعامل فى المنقول .

رابعا : أن المنازع تقبل منه البينة على ما يدعيه . فيجـوز له أن يثبت سوء نية الحائز ، اى علمه بأنه تلقى الحق على المنقول او السند لحامله من غير صاحبه. **كما يجوز له أن يثبت عدم توافر السبب الصحيح لدى الحائز . فاذا نجح المنازع فى اثبات أى من هذين الامرين ، واستطاع الى جانب ذلك أن يقيم الدليل على حقه فى المنقول أو السند لحامله، قضى له بما ادعاه .**

خامسا : أن حسن النية يجب توافره لدى الحائز وقت الحيازة . فاذا كانت هناك فترة زمنية تفصل بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة ، فلا يكفى أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقى الحق ، بل يجب أن يتوفر حسن النية لديه ايضا وقت بدء الحيازة .

سادسا : أن الحيازة فى المنقول لها اثر مكسب للملكية أو لحق عينى آخر وفقا لحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة ، كما أن لها أثرا مسقطا للتكاليف والقيود العينية وفقا لحكم الفقرة الثانية .

سابعا : أنه اذا توافرت الشروط السالفة الذكر ، فان الحكم الذى يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز ، كماسبق القول .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٢٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥١٤ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ١١٦٣ من التقنين العراقى . والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١١٦٣ من هذا التقنين .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ١١٨٩ من التقنين الاردنى . والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١١٨٩ من هذا التقنين .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان مع المادة ٩٣٧ من التقنين الكويتى . والفقرة الثالثة تقابل المادة ٩٣٨ من هذا التقنين .

ولم يعرض الفقة الاسلامى للصورة التى تناولتها المادة المقترحة . ولكن حكمها يتفق مع الظاهر المشهور الذى يعتد به الفقه الاسلامى .

(مادة ٩٥٣)

١ - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العينى عليه ، اذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاله بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت العقد أو السرقة .

٢ - فاذا كان الحائز قد اشترى الشىء بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده ان يعجل له الثمن الذى دفعه .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ - يجوز لمالك المنقول والسند لحاملة ، اذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

٢ - فاذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية . وأضيف فى الفقرة الأولى منها مايستكمل حكمها .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٢٨ و ١٤٢٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥١٤ و ٥١٥ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٩٣٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١١٦٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٩٠ من التقنين الأردنى .

ولم يعرض الفقه الاسلامى للصورة التى تناولتها المادة المقترحة . ولكن حكمها تنهض به اعتبارات العدالة .

الفصل الثالث

كسب الملكية بسبب الوفاة

(١) الميراث

١ - تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث

(مادة ٩٥٤)

١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث تسرى فى شانهما أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شانهما .

٢ - ولايكون للاجنبى الحق فى الارث الا اذا كان قانون بلده يخول المصريين هذا الحق .

هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٨٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « تعيين الورثة وتحديد انصبائهم فى الارث وانتقال اموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » .

وقد عدل هذا النص بما يجعل الاحالة الى احكام الشريعة الاسلامية قاصرة على تعيين الورثة وتحديد انصبائهم فى الارث . اما انتقال أموال التركة الى الورثة ، فقد رؤى أن يفرد له نص مستقل يحدد حكم هذا

الانتقال بدلا من تركه الى أحكام الفقه الاسلامى الذى تعددت فيه الآراء مما أدى الى قيام خلاف فى الفقة حول الحل الواجب الاتباع .

كما رؤى اضافة الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل ، اذا ما انتهت قواعد الاسناد الى تطبيق القانون المصرى ، وكان هذا القانون يقضى بتوريث الأجنبى بينما لا يقضى بذلك قانون بلده بالنسبة الى المصريين .

انظر المذكرة الايضاحية (نظرة عامة) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٠٠ .

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٠٧ / ١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٠٥ و ٢٠٦ .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/١١٠٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٨٧٥ / ١ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ١٠٨٦ / ٢ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٩٤٠ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ١/٨٧٥ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٩٥٥)

١ ــ تنتقل أموال المورث الى الورثة من وقت وفاته محملة بحق رهن ضمانا للوفاء بحقوق دائنى التركة .

٢ ــ وتسرى فى شان الاحتجاج بهذا الحق على الغير احكام الشهر التى ينص عليها القانون .

٣ ــ وتسرى فى حالة تصفية التركة الاحكام الآتية .

الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة مستحدثتان .

وقد روعى فى الفقرة الأولى الأخذ بمبدأ انتقال أموال التركه الى الورثة فور وفاة المورث ، وهو المبدأ السائد فى الفقة والقضاء ، كما أنه رأى فريق من الفقه الاسلامى وهم أغلب الشافعية والحنابلة . وهو الرأى الذى يتفق مع القواعد العامة . حيث يتحقق الارث فور الوفاة ، والارث سبب التملك ، والقاعدة ان الاسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها الا اذا وجد ما يدعو الى تراخى هذه النتائج . وليس هناك ما يدعو الى هذا التراخى ، اذ أن حقوق الدائنين تتوافر حمايتها بما لهم من حق رهن على أموال التركه يضمن الوفاء بديونهم .

وقد نصت المادة ٢٠٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على ما يأتى : « تركة المدين مرهونه بديونه حتى تسدد » . وجاء فى مذكرة هذه المادة ما يأتى : « فاذا مات الميت عليه دين، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة الى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون . ويستوى الدين المستغرق للتركة وغيره فى الأصح ...» ، والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لايمنع الارث ، لانه ليس فى الارث المقيد أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن ، وذلك لا يمنع الملك فى المرهون .. » (الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٨٣ . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩٦ و ٢٩٧) .

ويعتبر حكم الفقرة الثانية تكملة طبيعية لحكم الفقرة الاولى .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية » . وقد روعى فى العبارة المختارة التنوية بأن الأحكام التالية انما تتبع فى حالة تصفية التركة على النحو الوارد فى النصوص التالية ، لان هذا هو الذى يتفق مع كون نظام التصفية ليس واجبا فى جميع الحالات .

(أنظر عرضا للاراء المختلفة فى الفقة الاسلامى فى هذا الصدد والادلة التى يستند اليها كل رأى فى : أحمد ابراهيم ، التركه والحقوق المتعلقة بها والمواريث ، مقال فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص ٣٦٩ ــ ٣٧٥ . على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركه ، مقال فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٧ ــ ١٧٤ . محمد ابو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ص ١٩ ــ ٢٥ . وانظر تلخيصا لهذه الآراء فى : السنهورى ، الوسيط ج٤ فقرة ١٩ ، والوسيط ج ٩ فقرة ٣٠ و ٣١) .

وغنى عن البيان أن حق الرهن الذى تتحمل به أموال التركة ضمانا للوفاء بحقوق دائنيها انما ينصب على الاموال التى آلت الى الوارث بطريق الارث دون غيرها من أموال الوارث .

٢ ــ تعيين مصف للتركة

(مادة ٩٥٦)

١ ــ اذا لم يعين المورث وصيا لتركته ، جاز لكل ذى شان ان يرفع دعوى لتعيين مصف للتركة . وتعين المحكمة ، اذا رات موجبا للتصفية ، من يجمع الورثة على اختيارة . فان لم يجمع الورثة على أحد ، تولت المحكمة اختيار المصفى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة .

٢ ــ وللمحكمة ان تلزم المصفى بتقديم كفيل اذا رات موجبا لذلك .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ٨٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشان تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، اذا رات موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فان لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى ، على ان يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع اقوال هؤلاء » .

وقد عدل هذا النص بتوضيح ان طلب تعيين المصفى يكون بدعوى أخذا بما استقر عليه القضاء . واستبعدت عبارة « وذلك بعد سماع اقوالهم » ، حيث أصبحت تزيد الامبرر له بعد أن اصبح طلب تعيين المصفى بدعوى .

واستحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة بغية توفير ضمان لمصلحة ذوى الشان .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٨٧ من التقنين الأردنى .

وما تضمنته المادة المقترحة والمواد التى تليها انما هو تنظيم لتصفية التركة تصفية جماعية على نحو لايتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية ، ومن شانه حماية مصالح ذوى الشان جميعا . فهو فى حقيقته تطبيق على للقاعدة التى تقضى بالا تركه الا بعد سداد الديون .

(مادة ٩٥٧)

١ ـ اذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب ان تقر المحكمة هذا التعيين .

٢ ـ ويسرى على وصى التركة مايسرى على المصفى من احكام .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ اذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب ان يقر القاضى هذا التعيين .

٢ ـ ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام » .

وقد استبدل فى هذا النص لفظ « المحكمة » بلفظ « القاضى » فى الفقرة الاولى تمشيا مع نص المادة السابقة التى تجعل طلب تعيين المصفى بدعوى ، وهو ما سيراعى فى النصوص التالية .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢١٧ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٨٨ من التقنين الاردنى .

(مادة ٩٥٨)

١ ـ لمن عين مصفيا ان يرفض تولى هذه المهمة ، أو ان يتنحى عنها دون توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة .

٢ ـ وللمحكمة ، اذا طلب اليها أحد ذوى الشان أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٨٧٧ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارة « وللمحكمة » فى الفقرة الثانية بعبارة « وللقاضى أيضا » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٠٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢١٨ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٨٩ من التقنين الأردنى

(مادة ٩٥٩)

١ ـ على كاتب المحكمة ، فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى تعيين المصفى أو تثبيت وصى التركة ، أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المورثين . وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وبكل حكم يصدر بالعزل ، وبكل مايقع من رفض أو تنح ، وذلك كله يوم صدور الحكم .

٢ ـ وعلى الكاتب كذلك أن يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية صورة من هذه التسجيلات والتاشيرات لاثباتها فى سجل عام ينظم بقرار يصدر من وزير العدل .

٣ ـ ويكون للتاشير بالحكم الصادر بتعيين المصفى أو بتثبيت وصى التركة من الاثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شان عقارات التركة ما للتاشير المنصوص عليه فى المادة ٩٩٣ ، وذلك من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى فى السجل الخاص .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧٩ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الاوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الاوضاع المقررة للفهارس الابجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل مايقع من تنازل .

٢ ـ ويكون لقيد الامر الصادر بتعيين المصفى من الاثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شان عقارات التركة ما للتاشير المنصوص علية فى المادة ٩١٤ » .

ونظرا الى أن طريقة الشهر المنصوص عليها فى هذه المادة لاتكفى لتحقيق الحماية المطلوبة ، فقد رؤى فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة المقترحة تنظيم طريقة للشهر تكون أجدى فى تحقيق هذه الحماية . فطبقا لطريقة الشهر المقترحة يكون هناك سجلان ، أحدهما خاص تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الابجدية ويوضع فى قلم كتاب المحكمة التى نظرت دعوى التصفية ، والآخر عام يوضع فى قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية وينظم بقرار يصدر من وزير العدل . وعلى كاتب المحكمة التى نظرت دعوى التصفية أن يسجل صحيفة هذه الدعوى فى السجل الخاص ، وذلك فى اليوم الذى تقيد فيه الدعوى ، سواء كانت بتعيين المصفى أو بتثبيت وصى التركة . وعليه أن يؤشر فى هامش هذا التسجيل بالحكم الذى يصدر فى الدعوى بالتعيين أو بالتثبيت ، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وبكل حكم يصدر بعزل المصفى ، وبكل مايقع منه من رفض لمهمته أو تنح عنها ، على أن يتم ذلك كله يوم صدور الحكم . وعليه كذلك أن يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية صورة من هذه التسجيلات والتاشيرات لاثباتها فى السجل العام الذى يتم تنظيمه بقرار يصدر من وزير العدل .

ويكون للتأشير بالحكم الصادر بتعيين المصفى أو بتثبيت وصى التركة من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩٩٣ ، وذلك من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى فى السجل الخاص ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩٠ من التقنين الأردنى ٠

ومن الواضح أن أحكام المادة المقترحة يقبلها الفقه الاسلامى ، لأنها تتضمن تنظيما للاجراءات الكفيلة بحماية حقوق المتعاملين مع الورثة فى شان عقارات التركة ٠

(مادة ٩٦٠)

١ ـ يتسلم المصفى اموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ، وله ان يطلب منها أجرا على قيامه بمهمته ٠

٢ ـ وتتحمل التركة نفقات التصفية ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة المصروفات القضائية ٠

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٨٠ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ٠ وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته ٠

٢ ـ ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية » ٠

وقد حذفت من الفقرة الأولى كلمة « عادلا » المذكورة بعد كلمة « أجرا » لعدم لزومها ٠ وأدخل تعديل لفظى على الفقرة الثانية ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩١ من التقنين الأردنى ٠

وأحكامها يقبلها الفقه الاسلامى ، اذ هى تندرج فى تنظيم مهمة المصفى ٠

(مادة ٩٦١)

على المحكمة ان تتخذ عند الاقتضاء جميع مايجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ٠ وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن او بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ٠ ولها بوجه خاص ان تامر بوضع الأختام وايداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨١ من التقنين الحالى ، مع حذف « بها » التى جاءت بعد كلمة « طلب » ٠

والمقصود بالمحكمة فى هذا النص المحكمة التى تنظر دعوى التصفية ٠ كما ان الايداع المشار اليه يكون فى خزانة المحكمة أو لدى أمين كأحد المصارف ، وذلك وفقا لما تراه المحكمة ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢٢ ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٢ من التقنين الأردنى ٠

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، فهو يدخل فى نطاق الاجراءات اللازمة للمحافظة على أموال التركة الى ان تتم التصفية ٠

(مادة ٩٦٢)

١ ـ على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات ماتمه بما يناسب حالته ٠ وعليه أيضا ان يستصدر امرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال الى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية ، على أن تستنزل النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الارث ٠

٢ ـ وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة تفصل فيها المحكمة ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٢ من التقنين الحالى ، فيما عدا احلال لفظ « المحكمة » فى الفقرة الثانية محل عبارة « قاضى الأمور الوقتية » ، حيث رؤى أن يكون الفصل فى المنازعة المشار اليها من اختصاص المحكمة التى تنظر التصفية بدلا من قاضى الأمور الوقتية ٠

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢٣٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٣ من التقنين الأردنى ٠

وحكمها يتفق مع مايقرره الفقه الاسلامى ، لأنه يتناول واجبا تفرضه الشريعة (أنظر : رد المختار ص ٤٤٩ و ٤٥٠) ٠

٣ ـ جرد التركة

(مادة ٩٦٣)

١ ـ لايجوز من وقت التأشير بالحكم الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى اجرا على التركة ، كما لايجوز لهم أن يستمروا فى اى اجراء اتخذوه الا فى مواجهة المصفى ٠

٢ ـ وكل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك احد ذوى الشأن ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا احلال عبارة « التأشير بالحكم » فى الفقرة الأولى محل عبارة « قيد الأمر » ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢٧ و ٢٢٨ ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٤ من التقنين الأردنى ٠

وحكمها يقبله الفقة الاسلامى ، لأن من شانه تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين ٠

(مادة ٩٦٤)

لاينفذ فى حق ذوى الشان أى تصرف يصدر من الوارث فى مال التركة قبل ان تسلم اليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٨٠ ، كما لا ينفذ فى حقهم استيفاء الوارث ما للتركة من ديون او جعله دينا عليه قصاصا بدين التركة ٠

هذه المادة تقابل المادة ٨٨٤ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « لايجوز للوارث ، قبل أن تسلم اليه شهادة التوريث المنصوص عليهـا فى المادة ٩٠١ ، ان يتصرف فى مال التركة ، كما لايجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين التركة » ٠

وقد عدلت هذه المادة بالنص صراحة على حكم التصرف الذى يصدر من الوارث فى الحالات المذكورة ، حسما لخلاف ثار فى القضاء حول حقيقة هذا الحكم ٠ فقد ذهب رأى الى أن مثل هذا التصرف يقع باطلا ٠ بينما ذهب رأى آخر الى أن التصرف يكون غير نافذ فى حق ذوى الشان ، وهذا هو الحل الصحيح الذى رؤى النص عليه ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩٥ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ٨٨٤ من التقنين المصرى الحالى ٠

وحكمها يقبله الفقة الاسلامى ، لأن من شانه ان تغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، كى تتم التصفية على الوجه الأكمل ٠

(مادة ٩٦٥)

١ - على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبة اموال التركة من الوسائل التحفظية ، وان يقوم بما يلزم من أعمال الادارة ٠ وعليه كذلك أن ينوب عن التركة فى الدعاوى ، وان يستوفى مالها من ديون قد حلت ٠

٢ - ويكون المصفى ، ولو لم يكن ماجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل الماجور ، وللمحكمة ان تطالبه بتقديم حساب عن ادارته فى مواعيد دورية ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٥ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال كلمة « كذلك » فى الفقرة الاولى بكلمة « ايضا » ، واستبدال عبارة « وللمحكمة » فى الفقرة الثانية بعبارة « وللقاضى » ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٣٠ ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٦ من التقنين الأردنى ٠

وحكمها يحبذه الفقة الاسلامى ، لانه يتناول واجب المصفى فى القيام بما يلزم للمحافظة على أموال التركة وتنميتها ٠

(مادة ٩٦٦)

١ - على المصفى ان يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركـة ومدينيها يدعوهم فيه لان يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وماعليهم من ديون ، وذلك خلال ثلاثة اشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة ٠

٢ - ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة او القرية التى توجد بها أعيان التركة ، او على الباب الرئيسى لمركز الشرطة فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الاعيان ، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، وفى صحيفتين من الصحف اليومية الواسعة الانتشار ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « صحيفتين » فى الفقرة الثانية بكلمة « صحيفة » ، وذلك حتى تكون اجراءات النشر محققة للغرض الذى توخاه النص ، وهو استيفاء كل الضمانات ليعلم دائنو التركة ومدينوها بالتصفية ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩٧ من التقنين الأردنى ٠

ويقر الفقه الاسلامى ماتتضمنه من اجراءات يراد بهـا الوقوف على ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون حتى تتم التصفية على أساس صحيح ٠

(مادة ٩٦٧)

١ - على المصفى ان يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال اربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال ٠ وعليه أيضا ان يخطر ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شان بحصول هذا الايداع ٠

٢ - ويجوز أن يطلب الى المحكمة مد هذا الميعاد ، اذا وجدت ظروف تبرر ذلك ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٧ من التقنين الحالى ، فيما عدا اضافة عبارة « مصحوب بعلم وصول » فى الفقرة الاولى بعد عبارة « بكتاب موصى عليه » ، واستبدال كلمة « المحكمة » فى الفقرة الثانية بكلمة « القاضى » ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣١٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٤٢ ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٨ من التقنين الاردنى ٠

وحكمهـا يقره الفقه الاسـلامى ، لانه يتناول جانبا من جوانب المهمة الرئيسية للمصفى ، وهو جرد التركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وايداع قائمة بهذا الجرد قلم كتاب المحكمة ٠

(مادة ٩٦٨)

١ ـ للمصفى ان يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة اموال التركة بخبير او بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة .

٢ ـ ويجب على المصفى ان يثبت ماتكشف عنه أوراق المورث وماهو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل الى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة ان يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

هذه المادة تطابق المادة ٨٨٨ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٤٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٩٩ من التقنين الاردنى .

وحكمها يقره الفقه الاسلامى ، لانه يتضمن توجيهات الى المصفى تكفل له الوقوف على مقدار ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون .

(مادة ٩٦٩)

يعاقب بعقوبة التبديد كل من اخفى او استولى غشا على مال من أموال التركة ، ولو كان وارثا .

هذه المادة تقابل المادة ٨٨٩ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثا » .

وقد عدل هذا النص ، حيث استبدلت عبارة « كل من أخفى أو استولى » بعبارة « كل من استولى » ، لأن المقصود ليس فحسب استيلاء الشخص على المال بقصد الاستئثار به اضرارا بالورثة والدائنين ، بل وكذلك اخفاء الشخص المال بقصد الاستئثار به لنفسه ولمورثه بعيدا عن الدائنين اضرارا بهم . كما ادخل تعديل لفظى باستبدال عبارة « مال من أموال التركة » بعبارة « شيء من مال التركة » .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٤٢ .
والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٠٠ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ٨٨٩ من التقنين المصرى الحالى .

وحكمها من قبيل التعزير المقرر فى الفقه الاسلامى ، وذلك حفاظا على حقوق الورثة والموصى لهم والدائنين .

(مادة ٩٧٠)

١ ـ كل منازعة فى صحة الجرد ، وبوجه خاص ما كان متعلقا باغفال اعيان او حقوق للتركة او عليها أو باثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذى شان،خلال الثلاثين يوما التالية للاخطار بايداع قائمة الجرد .

٢ ـ وتجرى المحكمة تحقيقا ، فاذا رات الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات.
٣ ـ وان لم يكن النزاع قد سبق رفعه الى القضاء ، عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩٠ من التقنين الحالى ، مع حذف العبارة الأخيرة منها التى تقول : «وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال». وذلك نظرا الى أنه بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ثم بمقتضى تقنين المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، **الغيت التفرقة** بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وذلك بالغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٤٣ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٠١ من التقنين الأردنى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، فهو من قبيل الاجراءات اللازمة للتحقق من سلامة التصفية .

٤ ـ تسوية ديون التركة

(مادة ٩٧١)

متى انقضى الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شانها نزاع . اما الديون التى توزع فيها ، فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩١ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « متى انقضى » فى بداية النص بعبارة « بعد انقضاء » .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٥١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٠٢ من التقنين الأردنى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، فهو من قبيل الاجراءات المؤدية الى الوفاء بما على التركة من ديون .

(مادة ٩٧٢)

على المصفى ، فى حالة اعسار التركة أو فى حالة احتمال اعارها ، أن يقف تسوية أى دين ، ولو لم يقم فى شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩٢ من التقنين الحالى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٥١ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١١٠٣ من التقنين الأردنى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، لأنه من قبيل الاجراءات التى من شأنها التثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى حالة اعسارها أو احتمال اعسارها .

(مادة ٩٧٣)

١ - يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها وما تشتمل عليه من نقود ، ثم من ثمن ما يبيعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ثم من ثمن ما فى التركة من منقول . فان لم يكن كل ذلك كافيا ، فمن ثمن ما فى التركة من عقار .

٢ - وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للاوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، الا اذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى . فاذا كانت التركة معسرة ، لزمت أيضا موافقة جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٩٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، وما تشتمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من اوراق مالية ، ومن ثمن ما فى التركة من منقول . فان لم يكن كل ذلك كافيا ، فمن ثمن مافى التركة من عقار .

٢ - وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للاوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، الا اذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فاذا كانت التركة معسرة ، لزمت أيضا موافقة جميع الدائنين . وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى ان يدخلوا فى المزاد » .

وقد ادخلت على الفقرة الاولى من هذه المادة تعديلات لفظية أريد بها بيان الاولوية فيما يتعلق بأموال التركة التى توفى بها ديونها . حيث يبدأ المصفى من هذه الاموال بما يقتضيه من حقوق للتركة فى ذمة مدينيها وما تشتمل عليه التركة من نقود . فاذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة الاخرى . فيبدأ ببيع الاوراق المالية من أسهم وسندات اذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع . فاذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء بالديون ، فانه يبيع منقولات التركة . فان لم يكن كل ذلك كافيا ، فانه يبيع عقارات التركة ، وذلك بالقدر اللازم لوفاء الديون .

وفى الفقرة الثانية حذفت عبارة « أو على ان يتم ممارسة » ، اذ ان اتفاق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى يشمل كل البيوع غير البيع الجبرى بما فيها البيع بالممارسة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٥١

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٠٤ من التقنين الأردنى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، فهو يرسم طريقة معقولة للوفاء بالديون من أموال التركة مع توفير الضمانات اللازمة لحماية حقوق الورثه والدائنين .

(مادة ٩٧٤)

للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل .

هذه المادة تقابل المادة ٨٩٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى: « للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثه ، ان تحكم بحلول الدين المؤجل، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ » .

وقد عدل هذا النص بحذف العبارة الأخيرة منه . اذ ان هذه العبارة تعنى انه لكى لا يضار الدائن من الوفاء المعجل فى حالة ما اذا كان الدين يغل فائدة ، يجب على المحكمة ان تراعى فى تعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن تعويضه عما فاته من ربح بسبب هذا الوفاء المعجل ، دون ان يجاوز هذا التعويض قيمة الفوائد المستحقه عن ستة أشهر وفقا لما تقضى به المادة ٥٤٤ مدنى (المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٥٨)

ومن ثم فان هذا الحذف انما يجرى بناء على خطة المشروع فى تحريم الربا .

وحكم المادة المقترحة من شأنه ان يفيد الدائن . فاجماع الورثه على طلب الحكم بحلول الدين المؤجل يعتبر نزولا منهم عن ميزة الأجل ولكنهم قد يرون ان ذلك من مصلحتهم حتى تخلص لهم انصباؤهم فى الارث خلوصا تاما . غيرأن الدين مع ذلك لايخصم منه شىء نظير التعجيل .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٠٥ من التقنين الأردنى .

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٢١٢ من مرشد الحيران على ما يأتى : « اذا كان الدين مؤجل ، فللمديون ان يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول » (ابن عابدين ج ٤ رقم ٢٤١) .

(مادة ٩٧٥)

١ – اذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الارث .

٢ – وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركه تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بذات هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة تأمين تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جمعها .

٣ – وفى جميع الأحوال ، اذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب ان يشهر هذا التأمين وفقا للاحكام المقررة فى شهر حق الرهن الرسمى .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩٥ من التقنين الحالى . مع استبدال كلمة « بذات » فى الفقرة الثانية بكلمة « بنفس » . واستبدال عبارة « الرهن الرسمى » فى الفقرة الثالثة بكلمة « الاختصاص » نظرا الى الغاء حق الاختصاص فى المشروع . فاذا حكمت المحكمة بتقرير تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، أستخرج الدائن صورة رسمية من الحكم محررة على الورق الأزرق الخاص وقدمها مع قائمة القيد الى مكتب الشهر المختص لأجراء قيدها .

أنظر المراحل التى مرت بها المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٢٨) فى لجنة المراجعة وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٥٥ – ٢٥٩ .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، فهو يتناول توزيع أموال التركة وديونها على الورثه بحسب حصصهم فى الارث . مع توفير الضمانات اللازمة للدائنين .

(مادة ٩٧٦)

يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمادة ٩٧٤ .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١١٠٦ من التقنين الأردنى .

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الاسلامى (انظر فى هذا المعنى : المادة ٢١٢ من مرشد الحيران ، وقد تقدم ذكرها . وانظر ابن عابدين ج ٤ رقم ٢٤١) .

(مادة ٩٧٧)

لا يجوز لدائنى التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وانما لهم الرجوع على الورثه بسبب اثرائهم .

هذه المادة تتفق مع المادة ٨٩٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم ان يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وانما لهم الرجوع على الورثة بسبب اثرائهم » .

وقد أدخل تعديل لفظى على هذه المادة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١٠٧ من التقنين الأردنى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، لانه يكفل الحماية للغير الذى يتعامل بحسن نية فى شأن مال من أموال التركة ، مع الاحتفاظ للدائنين بحقهم فى الرجوع على الورثه .

(مادة ٩٧٨)

يتولى المصفى ، بعد تسوية ديون التركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

هذه المادة تطابق المادة ٨٩٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١١٠٨ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٢ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى . فهو تطبيق لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » .

(٥) تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال

(مادة ٩٧٩)

١ – يسلم المصفى ، بعد تنفيذ التزامات التركة ، ما بقى من اموالها الى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعى .

٢ – ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج اليها فى تصفية التركة أو ان يتسلموا بعضا منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٨٩٩ و ٩٠٠ من التقنين الحالى .

فالمادة ٨٩٩ تنص على ما يأتى : « بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقى من أموالها الى الورثة » .

والمادة ٩٠٠ تنص على ما يأتى :

« ١ – يسلم المصفى الى الورثة ما آل اليهم من أموال التركة .

٢ – ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة أو ان يتسلموا بعضا منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » .

وقد رؤى ادماج الحكم المنصوص عليه فى المادة ٨٩٩ والفقرة الأولى من المادة ٩٠٠ فى نص واحد هو الفقرة الأولى من المادة المقترحة . كما روعى تفادى ذكر لفظ « يؤول » الوارد فى المادة ٨٩٩ ، وكذلك عبارة « مآل » الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٩٠٠ ، لما قد توحى به هذه العبارة أو ذلك اللفظ من ان الوارث لا يتملك الا بعد الوفاء بالديون ، اذ أنه يتملك فور الوفاة كما هو واضح من نص المادة ٩٥٥ من المشروع .

وصارت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ من التقنين الحالى هى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٢ و ١٣٣٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٦

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ١١٠٩ و ١١١٠ من التقنين الاردنى اللتين صيغتا على نهج المادتين ٨٩٩ و ٩٠٠ من التقنين المصرى الحالى .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة تطبيق لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » .

أما حكم الفقرة الثانية فهو مستقى من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨٠)

تسلم المحكمة الى كل وارث يقدم اعلاما شرعيا بالوراثة او ما يقوم مقام هذا الاعلام ، شهادة تبين مقدار نصيبه فى الارث وتعين ما يشمله هذا النصيب من أموال التركة .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « تسلم المحكمة الى كل وارث يقدم اعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الاعلام ، شهادة تقرر حقه فى الارث وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل اليه من أموال التركة » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة . وروعى فى هذا التعديل تفادى ذكر عبارة « مآل » ، حيث استبدلت عبارة « وتعين ما يشمله هذا النصيب من أموال التركة » بعبارة « وتعين ماآل اليه من أموال التركه » .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١١١١ من التقنين الاردنى .

وحكمها ياتى خاتمة طبيعية لاجراءات التصفية ، فهو مستقى من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨١)

لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الارث مفرزا ، الا اذا كان هذا الوارث ملزما بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق او نص فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١١١٢ من التقنين الاردنى .

ويعتبر حكمها من الناحية الشرعية انه مستمد من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨٢)

١ – اذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصفى اجراء القسمة بطريقة ودية على الا تصبح هذه القسمة نهائية الا بعد ان يقرها الورثة بالاجماع .

٢ – فاذا لم ينعقد اجماعهم على ذلك ، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقا لاحكام القانون ، وتستنزل نفقات الدعوى من انصباء المتقاسمين .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٣ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١١١٣ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٩ .

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستقى من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨٣)

تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم ، وتسرى عليها أيضا الأحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٤ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١١١٤ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٦٩ .

وحكمها من الناحية الشرعية يتفق مع القواعد العامة فى القسمة .

(مادة ٩٨٤)

اذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الاشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة اما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لاحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٥ من التقنين الحالى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٧٢ .

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستقى من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨٥)

اذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، ويقوم ثمن هذا المستغل بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة . فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف .

وتتفق مع المادة ١١١٥ من التقنين الاردنى .

أنظر المراحل التى مرت بها المادة المقترحة فى لجنة المراجعة ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص ٢٧٤ و ٢٧٥ .

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستمد من المصالح المرسلة .

(مادة ٩٨٦)

اذا أختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فان باقى الورثة لا يضمنون له المدين اذا هو أعسر بعد القسمة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٧ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١١١٦ من التقنين الاردنى .

وفى الفقة الاسلامى نصت المادة ١٠٩٢ من المجلة على ماياتى : « كما أن أعيان مال المتوفى المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم، كذلك يكون الدين الذى له فى ذمة شخص مشتركا بينهم على حسب حصصهم ». ونصت المادة ١١٢٣ على ما ياتى : « كون المقسوم عينا شرط . فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلا اذا كان للمتوفى ديون فى ذمة أشخاص متعددين واقتسمتها الورثة على أن مافى ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما فى ذمة فلان منه لفلان الوارث ، فلا يصح . وفى هذه الصورة مهما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر » .

غير أنه يلاحظ أن اتفاق الورثة عند القسمة على أن يختص أحدهم بدين للتركة يتضمن حوالة حق من جانب الورثة لهذا الوارث بالنسبة الى انصبائهم فى الدين الذى للتركة .

(مادة ٩٨٧)

تصح الوصية بقسمة اعيان التركه على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فان زادت قيمة ما عين لاحدهم على استحقاقه فى التركه كانت الزيادة وصية .

هذه المادة تطابق المادة ٩٠٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١١١٧ من التقنين الاردنى .

أنظر المراحل التى مرت بها المادة المقترحة فى لجنة المراجعة ولجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب ولجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص ٢٧٧ – ٢٧٩ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية فى الميراث والوصية • فهى منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى بنص على ما ياتى : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على اورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى • فان زادت قيمة ما عين لاحدهم عن استحقاقه فى التركة ، كانت الزيادة وصية » • وتقول المذكرة الايضاحية لقانون الوصية فى صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها • فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة ، وان يوصى بان يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذه (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) • وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث دون توقف على اجازة الورثه ، يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الانصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة • فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد ، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيده بنسبة ما زادة لكل منهم ، ورد الباقى الى التركة » •

(مادة ٩٨٨)

يجوز الرجوع فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت ، وتصبح لازمة بوفاة الموصى •

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٠٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « القسمة المضافة الى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما ، وتصبح لازمة بوفاة الموصى » •

وتطابق المادة ١١١٨ من التقنين الأردنى •

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية فى الوصية • انظر المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الوصية •

(مادة ٩٨٩)

اذا لم تشمل القسمة جميع اموال المورث وقت وفاته ، فان الاموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الميراث

هذه المادة تطابق المادة ٩١٠ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ١١١٩ من التقنين الأردنى •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٤٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٧

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية فى الميراث والوصية•

(مادة ٩٩٠)

اذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة ، فان الحصة المفرزة التى كانت تقع فى نصيب من مات تؤول شائعة الى باقى الورثة طبقا لقواعد الميراث ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام الوصية الواجبة •

هذه المادة تتفق مع المادة ٩١١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة ، فان الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة الى باقى الورثة طبقا لقواعد الميراث » •

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى ، حيث استبدلت عبارة « التى كانت تقع فى نصيب من مات » بعبارة « التى وقعت فى نصيب من مات » • واضيفت اليها العبارة الاخيرة فى المادة المقترحة التى تقول : « وذلك مع عدم الأخلال بأحكام الوصية الواجبة » • اذ أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا(م٧٨ من قانون الوصية) •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٤٤ / ٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٧ •

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٢٠ من التقنين الاردنى •

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية فى الميراث والوصية

(مادة ٩٩١)

تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام الغبن •

هذه المادة تطابق المادة ٩١٢ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ١١٢١ من التقنين الأردنى •

انظر المراحل التى مرت بها المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٤٥) فى لجنة المراجعة وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٢٨٤ و ٢٨٥

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد العامة فى القسمة والاحكام الشرعية فى الوصية •

(مادة ٩٩٢)

اذا لم تشمل القسمة ديون التركة ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة ، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين ، أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٩٧٥ ، على أن تراعى بقدر الامكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها .

هذه المادة تطابق المادة ٩١٣ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١١٢٢ من التقنين الاردنى .

ويتمشى حكم المادة المقترحة مع حرص الفقه الاسلامى على حماية حقوق الدائنين وتوفير الضمانات اللازمة للوفاء بديونهم ، مع احترام وصية المورث بقدر المستطاع .

٦ - أحكام التركات التى لم تصف .

(مادة ٩٩٣)

اذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لاحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، اذا أشروا بديونهم وفقا لاحكام القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٩١٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١١٠٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١١٢٣ من التقنين الأردنى .

والتأشير المشار اليه فى المادة المقترحة بينت احكامه المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وكذلك المادة ٣١ من قانون نظام السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها من قبيل الأمور التنظيمية التى تكفل حماية حقوق دائنى التركه والموصى لهم .

(٢) الوصية

(مادة ٩٩٤)

١ - تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

٢ - ولا يكون للأجنبى الحق فى الاستفادة من الوصية ، الا اذا كان قانون بلده يخول المصريين هذا الحق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٩١٥ من التقنين الحالى .

روعى اضافة الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل ، اذا ما انتهت قواعد الاسناد الى تطبيق القانون المصرى ، وكان هذا القانون يقضى بتخويل الأجنبى حق الاستفادة من الوصية بينما لا يقضى بذلك قانون بلده بالنسبة الى المصريين .

أنظر المذكرة الايضاحية (نظرة عامة) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٩٢

وأنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٤٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٩٣ و ٢٩٤ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٤١ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١١٢٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١١٠٨ من التقنين العراقى .

(مادة ٩٩٥)

« ١ - كل تصرف قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ،ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن التصرف القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق .

٣ - واذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك .

هذا المادة تقابل المادة ٩١٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣ - واذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

وقد عدلت هذه المادة . حيث استبدلت عبارة « كل تصرف قانونى » فى بداية الفقرة الأولى بعبارة « كل عمل قانونى » ،واستبدلت عبارة

« التصرف القانونى » فى الفقرة الثانية بعبارة « العمل القانونى » ، لان المقصود فى هذا المقام هو التصرف ٠

وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية التى تقول : « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » ، لان ورود هـذه العبارة يعنى أن الوارث يعتبر من الغير فى حصوص ثبوت تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المورث ، وهو غير صحيح ، كما أنه ينافى عرض الشارع بدليل أن صدر النص ذاته يوجب على الورثة اذا أرادوا الطعن فى تاريخ الورقة أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ٠ حيث يتضح من هذا أن هناك تعارض واضح بين صدور النص والعبارة الأخيرة التى حذفت ٠

وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مسلم به ٠

والمـادة المقترحة تتفق مع المـادة ٩٤٢ من التقنين الكويتى ٠

وتقابل المـادة ١١٠٩ من التقنين العراقى ٠

وتقابل المـادة ١١٢٨ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المـادة ٩١٦ من التقنين المصرى الحالى ٠

ويتفق حكم الفقرة الأولى من المـادة المقترحة مع الأحكام الشرعية فى تصرفات المريض مرض الموت ٠ أنظر فيما يتعلق بأحكام بيع المريض مرض الموت المواد ٣٩٣ ــ ٣٩٥ من المجلة ٠ وأنظر المواد ١٥٩٥ــ١٦٠٥ من المجلة ٠

أما أحكام بقية هذه المـادة فتيسر الأثبات للورثة فى هذا الصدد ، حيث يكون لهم بمقتضى الفقره الثانية ان يثبتوا بجميع الطرق صدور التصرف من مورثهم وهو فى مرض الموت ، فاذا نجحوا فى ذلك قامت بمقتضى الفقرة الثالثة قرينة على أن التصرف صدر على سبيل التبرع مالم يثبت من صـدر له التصرف عكس ذلك ، وبفضـل هذه القرينة تتوفر الحماية للورثة من الوصية المستترة ٠

(مادة ٩٩٦)

اذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يقم دليل يخالف ذلك ٠

هذه المـادة تطابق المـادة ٩١٧ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المـادة ١١٢٩ من التقنين الاردنى ٠

وتطابق المـادة ٩٤٣ من التقنين الكويتى ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٥١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٠١

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يراد منه حماية الورثة الآخرين من الوصية المستترة ٠

الباب الثانى

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

نظرة عامة :

الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية فى التقنين المدنى الحالى هى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر ٠

وأهمية حق الانتفاع فى القانون المصرى ضئيلة الى حد كبير ٠ حيث يندر فى الحياة العملية أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لآخر ٠فهو ينتهى حتما بوفاة المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين له ، ومن ثم يصعب تقدير قيمته عند انشائه أو التصرف فيه ٠ ويحد من حركة تداول المـال لصعوبة التصرف فى ملكية الرقبة وفى حق الانتفاع كل على حدة ٠ والصورة الغالبة فى العمل أن تكون هناك وصية مستترة فى صورة تصرف منجز ، كبيع أو هبة ، يصدر لوارث مع أحتفاظ البائع أو الواهب بحق الانتفاع طول حياته ، وذلك بقصد التحايل على أحكام الوصية ٠ ولهذا أقام الشارع فى التقنين الحالى قرينة قانونية فى هذ، الشأن ، بمقتضاها يعتبر مثل هذا التصرف تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتجرى عليه أحكام الوصية (م ٩١٧ مدنى) ، كما نص المشروع على هذه القرينة ٠ م ٩٩٦ ٠

من أجل ذلك لم يسهب التقنين الحالى فى تفصيل أحكام حق الانتفاع. واقتصر على ايراد قواعده الجوهرية ، وجاراه المشروع فى ذلك ٠

وحق الاستعمال وحق السكنى نوعـان خاصـان من حق الانتفاع ، فهما صورتان للانتفـاع على نطـاق محدود ، ولذلك يخضعـان لاحكامه فيما لايتعارض مع طبيعتهما وما ورد فى شأنهما من أحكام ٠

أما الارتفاق فقد نظمه التقنين الحالى تنظيمـا يتفق مـع أهميتـه ، وادخل مرونة كبيرة فى استعماله وفى انهائه ٠ ولذلك لم يعدل المشروع فى قواعده الا بالقدر الضرورى ٠

ويتفق المشروع مع التقنين الحالى فى استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق الارتفاق ، وهى تسمى فى كثير مـن الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية ٠ ذلك أنه اذا فرض الشارع قيودا تحد من سلطات المـالك ، كان معنى ذلك أنه يرسم الحدود التى يجب على المـالك أن يراعيها فى مزاولته لحقه ٠ فهى من هذا قيود أو حدود عامة ، بمعنى انها تصدق على كل ملكية توجد فى ظروف معينة ٠ وبذلك يكون من شان تلك القيود أن تحدد الوضع العادى لحق الملكية فى هذه الظروف ٠ وعلى هذا النحو تتميز هذه القيود عن حقـوق الارتفـاق :

فارلاتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر . وهناك قيود يصدق عليها هذا التعريف ، كما هى الحال بالنسبة الى القيود الخاصة بالمياه ، والقيد الخاص بحق المرور لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، والقيد الخاص بالمسافة التى تجب مراعاتها بين المطلات وملك الجار . فهذه القيود تتفق مع حقوق الارتفاق فى أن كلا من الفريقين يتضمن الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر . الا أنه يبقى بعد ذلك فارق جوهرى . اذ القيود القانونية بحكم كونها مقررة من جانب الشارع ، تعتبر حدودا عامة لكل ملكية توجد فى ظروف معينة . بينما يمثل حق الارتفاق فكرة الخروج على هذا الوضع العادى، فهو عبء استثنائى يتقرر بفعل الانسان ولايتناول الى ملكية معينة .

ولعل أهم ما استحدثه المشروع فى تنظيم حق الانتفاع وحق الارتفاق ما قضى به من عدم سماع الدعوى بأى منهما اذا لم يستعمل مدة خمس سنوات . فلم يجعل هذه المدة خمس عشرة سنة كما هى فى التقنين الحالى .وذلك نظرا الى أن هذين الحقين متفرعين عن الملكية ، ومن شأنهما ان يثقلا الملكية بعبء يحسن التخلص منه فى مدة معقولة ، مادام أن صاحب الحق لم يستعمله هذه المدة ، وأن من المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية أن تجتمع للمالك سلطاته الكاملة على الشىء .

وأما حق الحكر فقد حظر التقنين الحالى ترتيبه على أرض غير موقوفة ، لكنه استبقى الأحكار القائمة قبل صدوره على أرض غير موقوفه واخضعها لاحكامه . ومالبث النطاق الذى حدده التقنين لحق الحكر ان ازداد ضيقا . حيث صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى الغىنظام الوقف على غير الخيرات ، وهو الوقف الاهلى ، وترتب على ذلك انتهاء كل حكر يكون مقررا على أرض انتهى وقفها . ثم صدر القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ (الذى حل محل القانونين رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، ورقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤) ،وقد أجاز لوزير الأوقاف بقرار منه انهاء حق الحكر المرتب على الأعيان الموقوفة وقفا خربا اذا اقتضت المصلحة ذلك ، وأوجب أن يتم انهاء جميع الأحكار خلال مدة لاتزيد على خمس سنوات من تاريخ العمل به . وبذلك انحصر تطبيق أحكام الحكر الواردة فى التقنين المدنى الحالى على الأحكار القائمة فعلا قبل العمل به ، وهذه قلة ضئيلة . اذ أن الاحكار القائمة على الأراضى الموقوفة قد انتهت فعلا بقرار من وزير الأوقاف وفقا للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ . أما الأحكار القائمة على الأراضى الغير الموقوفة فقد بقيت دون علاج ، فهذه تبقى سارية لمدتها ولو زادت على ستين سنة ، بل ولو كانت مؤبدة ، ومن ثم كان لابد من نص خاص يعالجها .

ولهذا عنى المشروع بمواجهة الوضع بأكمله فحظر ترتيب حق حكر ، سواء على أرض موقوفة أو على أرض غير موقوفة . وعالج الاحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل به ، حيث قضى بأن تبقى الى حين حلول أجلها اذا عين لها أجل ، أو انقضاء ستين سنة على انشائها اذا لم يعين لها أجل ، واخضعها لأحكام التقنين الحالى المنظمة للحكر (م ١٠١٦ من المشروع) .

ومن ثم فقد اغفل المشروع تنظيم حق الحكر ، حيث لم يعد يعتبره من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.وذلك نظرا الى انه لاتستوجبه حاجة لدى مجتمعنا اليوم . وهو قيد خطير على حق الملكية ، مما يؤدى الى صعوبة التصرف فى الأرض المثقلة به ويعرقل التداول .

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفرع الأول

حق الانتفـاع

(مادة ٩٩٧)

الانتفاع حق عينى يخول المنتفع سلطة استعمال واستغلال شىء غير قابل للاستهلاك أو حق للغير . وينتهى حتما بموت المنتفع .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتضمن تعريفا لحق الانتفاع يشتمل على الخصائص المميزة له. فهو حق عينى ، وبهذا يتميز عن حق المستأجر . ويخول المنتفع سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال ، وبهذا يتميز عن حق الملكية . ويرد بحسب الأصل على شىء غير القابل للاستهلاك أو حق للغير ، فاذا ورد على شىء قابل للاستهلاك كان شبه حق انتفاع . وينتهى حتما بموت المنتفع ، اذا لم ينته قبل ذلك بحلول الأجل ، وبهذا يتميز عن حق المستأجر .

وفى الفقه الاسلامى عرفت المادة ١٣ من مرشد الحيران حق الانتفاع بما يأتى : « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها ، وان لم تكن رقبتها مملوكة » . ونصت المادة ١٤ على ماياتى : « يصح تملك منافع الاعيان دون رقبتها ، سواء كانت عقارا أو منقولا » . ونصت المادة ١٥ على ما يأتى : « قد تملك المنفعة بعوض وبغير عوض » .

١ ــ انشاء حق الانتفاع

(مادة ٩٩٨)

يكسب حق الانتفاع بالتصرف القانونى أو بالشفعة أو بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى .

هذه المادة تقابل المادة ٩٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ــ حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم .

٢ ــ ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لاشخاص متعاقبين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة . حيث استبدلت عبارة « بالتصرف القانونى » بعبارة « بعمل قانونى » ، لان المقصود هو

التصرف · واستبدلت عبارة « بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى » بكلمة « بالتقادم » ، حتى تشمل العبارة حالات عدم سماع الدعوى بشروطها المطلوبة اذ أن مجرد الحوز لايكفى ·

وحذفت الفقرة الثانية ، لكى تترك الوصية بحق الانتفاع لاحكام الشريعة الاسلامية التى ينص عليها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وهى تخالف ماتقضى به الفقرة المحذوفه (أنظر المواد ٢٦-٣٦ من قانون الوصية) · ويلاحظ أنه حتى فى ظل التقنين الحالى ، فان أحكام قانون الوصية هى التى تسرى ، لان القواعد الواردة فى قانون خاص ، كما هو الشأن بالنسبة الى قانون الوصية ، لاتلغيها القواعد الواردة فى تقنين عام ·

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٥٠ من التقنين العراقى ·

وتقابل المادة ١٢٠٦ من التقنين الأردنى ·

وتقابل المادة ٩٤٤ من التقنين الكويتى ·

(مادة ٩٩٩)

يجوز تقرير الانتفاع لشخص اعتبارى ، بشرط الا تزيد مدته على ثلاثين سنة ·

هذه المادة مستحدثة ·

فيجوز تقرير حق انتفاع لمصلحة شخص اعتبارى · وقد ورد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى الفرنسى ، اذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لايجوز أن تزيد فى هذه الحالة على ثلاثين سنة · وورد فى كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) أنه لايجوز انشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص اعتباريين · ويرجع ذلك الى أنه اذا لم يحدد العقد مدة لحق الانتفاع الذى يترتب لمصلحة الشخص الاعتبارى ، فانه يظل قائما طوال مدة بقاء هذا الشخص ، وقد يظل باقيا الى الأبد · وهذا هو الحكم فى ظل التقنين الحالى ·

من أجل ذلك رؤى أن تقيد مدة حق الانتفاع الذى يتقرر لمصلحة الشخص الاعتبارى ، بحيث لاتزيد على ثلاثين سنة ، وهى المدة المقررة كحد أقصى فى الايجار (م ٥٥٧ من المشروع) ·

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن تقييد مدة الانتفاع بما لايجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة ، هى المحافظة على حقوق كل من المالك والمنتفع ·

ويؤيد الفقة الاسلامى هذا التقييد فى الايجار · حيث يرى الشافعى ان المالك ليس له أن يؤجر الا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة ، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة · والحجة فى ذلك أن مازاد على هذه المدة لاتدعو اليه الحاجة ، لاسيما وان الأسعار تتغير من زمن الى زمن (راجع المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٤) ·

٢ – آثار حق الانتفاع ·

(مادة ١٠٠٠)

يراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع · وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية :

هذه المادة تطابق المادة ٩٨٦ من التقنين الحالى ·

وتطابق المادة ١٢٥١ من التقنين العراقى ·

وتطابق المادة ١٢٠٧ من التقنين الأردنى ·

وتطابق المادة ٩٤٥ من التقنين الكويتى ·

وفى الفقه الأسلامى نصت المادة ١٩ من مرشد الحيران على ماياتى :

« يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات » ·

(مادة ١٠٠١)

١ – تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه ·
٢ – واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، تركت الأرض للمالك الى حين ادراك الزرع ، على أن يؤدى للمنتفع أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن · واذا كانت الأرض مشغولة بالزرع عند نهاية هذا الحق ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على ان يؤدوا للمالك أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن ·

هذه المادة تقابل المادتين ٩٨٧ و ٩٩٣ / ٢ من التقنين الحالى ، والمادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ·

فالمادة ٩٨٧ من التقنين الحالى تنص على ماياتى : « تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » ·

والمادة ٩٩٣ فقرة ثانية من هذا التقنين تنص على ماياتى : « واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الاجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الارض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » ·

والمادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدى لهذا التقنين ، وهى المقابلة للمادة ٩٨٧ المذكورة ، تنص على ما يأتى: «تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه ، كما أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير · أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه » ·

وقد افردت الفقرة الأولى من المادة المقترحة لتقرير القاعدة فى هذا الشأن ، وهى أن تكون للمنتفع ثمار الشيء المنتفع به على قدر مدة انتفاعه ٠

وجعلت الفقرة الثانية لحالة ما اذا كانت الأرض المنتفع بها مشغوله بالزرع وقت بداية حق الانتفاع ، أو عند نهاية هذا الحق ٠ حيث تترك الأرض الى حين ادراك الزرع للمالك فى الصورة الأولى ، وللمنتفع أو لورثته فى الصورة الثانية ، على أن يؤدى كل من الطرفين للآخر أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ١٢٤١ و ١٢٤٨ /٢من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص ٥٣٦ و ٥٣٧ و ٥٥٠ ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٥٢ من التقنين العراقى ٠

وتقابل المادتين ١٢٠٨ و ١٢١٦ من التقنين الأردنى ٠

وتقابل المادتين ٩٤٦ و ٩٥٢ / ٢ من التقنين الكويتى ٠

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقة الاسلامى ٠ فقد نصت المادة ١٣ من مرشد الحيران على ما يأتى : «الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها ، وان لم تكن رقبتها مملوكة » ٠ ونصت المادة ٣٦ على ما يأتى : «اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع ، أو مات المنتفع فى أثنائها ، وكانت الأرض مشغولة بزرعه والزرع بقل لم يدرك ، يترك الزرع له فى الصورة الأولى ولورثته فى الصورة الثانية الى حين ادراكه وحصاده بأجر المثل ٠٠٠٠ » ٠

(مادة ١٠٠٢)

١ ـ للمنتفع ان يتصرف فى حقه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ٠

٢ ـ وفى حالة النزول عن حق الانتفاع يبقى المنتفع ملتزما نحو المالك بما ترتب فى ذمته من التزامات نحوه ، ما لم يقبل المالك التصرف ٠

٣ ـ وينتهى حق الانتفاع فى جميع الاحوال بموت المنتفع الاصلى ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

فيجوز للمنتفع أن ينزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضه أو تبرعا ٠ كان يبيعه أو يقايض عليه أو يهبه ٠ ولكن لا يجوز له أن يوصى به لأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع ٠

واذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع ، فانه يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما ترتب فى ذمته من التزامات نحوه ، فلا تنتقل هذه الالتزامات الى ذمة من صدر له النزول ٠ ويكون لهذا الاخير ذات الحقوق التى للمنتفع ، الى أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع لا بموت من صدر له النزول ٠ فاذا مات هذا الاخير ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض ، فان حق الانتفاع ينتقل الى ورثته ٠ وهذا هو الغرض الذى ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ٠

غير أنه اذا قبل المالك نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير ، فان الالتزامات التى ترتبت فى ذمة المنتفع الأصلى تنتقل الى ذمة من صدر له النزول ، فيصبح هذا الأخير ملتزما نحو المالك بهذه الالتزامات ، ويبرأ المنتفع الاصلى طوال المدة التى انتقل فيها حق الانتفاع للغير ٠

ويجوز للمنتفع أيضا أن يرهن حق الانتفاع ٠ ويجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول ٠

واذا مات المنتفع الأصلى ، فان حق الانتفاع ينقضى ، سواء بالنسبة اليه أو بالنسبة الى من صدر له النزول ٠

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الشان ٠

(مادة ١٠٠٣)

١ ـ على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما اعد له ، وأن يديره ادارة حسنة ٠

٢ ـ وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ٠ فاذا اثبت ان حقوقه فى خطر جاز له ان يطالب بتقديم تأمينات ٠ فان لم يقدمها المنتفع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع العين من تحت يده وان يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ٠ بل له ، تبعا لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون اخلال بحقوق الغير ٠

هذه المادة تطابق المادة ٩٨٨ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المادة ٩٤٧ من التقنين الكويتى ٠

والفقرة الأولى منها تقابل الفقرة الأولى من المادة ١٢٥٤ من التقنين العراقى ٠ والفقرة الثانية منها تطابق الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة ٠

وتقابل المادة ١٢٠٩ من التقنين الاردنى ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٤٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٣٩ ٠

وفى الفقة الاسلامى نصت المادة ٢٩ من مرشد الحيران على ما يأتى : « لمالك المنفعة دون العين بعقد تبرع أو اجارة أن يتصرف فى العين المنتفع بها التصرف المعتاد اذا كان عقد المنفعة مطلقا مطلقا غير مقيد بقيد • فان كان مقيدا بقيد ، فله أن يستوفيه بعينة أو يستوفى مثله أو مادونة ، وليس لة أن يتجاوزه الى ما فوقة » • ويلاحظ أن المقصود بالتصرف فى هذا النص هو استعمال العين المنتفع بها واستغلالها (أنظر المادة ١٣ من مرشد الحيران ، وقد تقدم ذكرها) •

(مادة ١٠٠٤)

١ - يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها اعمال الصيانة •

٢ - اما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشا من خطأ المنتفع ، فانها تكون على المالك بلا جبر عليه • فاذا قام بها المنتفع ، كان له ان يسترد ما انفقه عند انتهاء حق الانتفاع •

هذه المادة تقابل المادة ٩٨٩من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ - المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكلما يفرض على العين المنتفعبهامن التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها اعمال الصيانة •

٢ - اما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بان يؤدى للمالك فوائد ما انفقه فى ذلك • فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » •

وقد ادخل تعديل لفظى على الفقرة الأولى من هذه المادة •

واضيف الى الفقرة الثانية فى الشطر الأول منها ما يفيد بأن التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ من خطأ المنتفع تكون على المالك ان قام بها ، فان لم يقم بها فلا يجبر على القيام بها ، وذلك لتوضيح الحكم • وحذفت العبارة التى تفيد التزام المنتفع بان يؤدى للمالك فوائد ما انفقه اذا قام بهذه التكاليف والاصلاحات ، وذلك جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا • وفى نهاية الفقرة استبدلت عبارة « كان له ان يسترد ما أنفقه » بعبارة « كان له استرداد رأس المال » •

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٤٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص٥٤١•

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٢١٠ من التقنين الأردنى •

وتقابل المادة ٩٤٨ من التقنين الكويتى •

وتقابل المادة ١٢٥٥ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٩٨٩ من التقنين المصرى الحالى •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣١ من مرشد الحيران على مايأتى: «المصاريف اللازمة لمؤونة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة» •

(مادة ١٠٠٥)

١ - على المنتفع ان يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله الشخص العادى •

٢ - وهو مسئول عن هلاك الشىء ، ولو بسبب أجنبى ، اذا كان قد تأخر عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع وانلم يطلبه المالك•

هذه المادة تقابل المادة ٩٩٠ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ - على المنتفع ان يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله الرجل المعتاد •

٢ - وهو مسئول عن هلاك الشىء ، ولو بسبب أجنبى ، اذا كان قد تأخر عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » •

وقد ادخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى ، حيث استبدلت عبارة «الشخص العادى »بعبارة «الرجل المعتاد » • واضيفت الى الفقرة الثانية فى نهايتها عبارة « وان لم يطلبه المالك » • فاذا هلك الشىء المنتفع به بعد انتهاء حق الانتفاع ، كان المنتفع مسئولا عن هذا الهلاك بقدر قيمة الشىء ، وذلك حتى لو كان المالك لم يعذره بالرد • وهذا استثناء بنص القانون من القاعدة العامة التى تقضى بان التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين (أنظر المادة ٢٣٠ من المشروع) •وقد روعى فى هذه الاضافة توضيح الحكم ، على نسق ما ينص عليه الفقه الاسلامى (م ٣٤ من مرشد الحيران) •

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٤٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٤٣ •

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/١٢٥٤ من التقنين العراقى •

وتتفق مع المادتين ١/١٢١١ و ١٢١٢ من التقنين الأردنى •

وتقابل المادة ٩٤٩ من التقنين الكويتى •

واحكامها تتفق مع احكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن • فقد نصت المادة ٢٨ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يجب على صاحب المنفعة ان يعتنى بحفظ العين المنتفع بها وصيانة لها » • ونصت المادة ٣٤ على ما يأتى : « اذا كانت المنفعة مقيدة بمدة معلومة ، وامسكالمنتفع العين بعد انقضاء تلك المدة ولم يردها لمالكها مع امكان الرد ، فهلكت، فعليه ضمان قيمتها ، ولو لم يستعملها بعد انقضاء المدة وان لم يطلبها المالك » •

(مادة ١٠٠٦)

اذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج الى اصلاحات جسيمة مما يجب على المالك ان يتحمل نفقاته ، أو الى اتخاذ اجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع ان يبادر باخطار المالك . وعليه اخطاره ايضا اذا ادعى اجنبي حقا على الشيء ذاته .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى العبارة الأخيرة منها ، حيث استبدلت عبارة « اذا ادعى أجنبى حقا على الشئ ذاته » بعبارة « اذا استمسك اجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه » .

وتتفق مع المادة ١٢١٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩٥٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٤٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٤٥ .

ويتسق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الشأن . فقد نصت المادة ٢٨ من مرشد الحيران على أنه « يجب على صاحب المنفعة ان يعتنى بحفظ العين المنتفع بها وصيانة لها » . اذ ان اخطار المالك بكل ما تتعرض له العين من اخطار مما يلزم المالك ان يتوقاه بنفسه تقتضيه اعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها . كذلك نصت المادة ٣٣ من مرشد الحيران على أنه « اذا تلفت العين المنتفع بها أو هلكت بدون تعدى المنتفع أو تقصيره فى المحافظة عليها فلا ضمان عليه » . ويؤخذ من هذا النص بمفهوم المخالفة أن تقصير المنتفع فى المحافظة على العين حتى هلكت أو تلفت يوجب عليه الضمان . ويعتبر عدم اخطار المالك بما تتعرض له العين من اخطار من قبيل هذا التقصير .

(مادة ١٠٠٧)

١ ــ اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم تامين كاف . فان لم يقدم المنتفع التامين ، جاز للمالك ان يطلب بيع المال وتوظيف ثمنه بالطريقة التى تقرها المحكمة .
٢ ــ وللمنتفع الذى قدم التامين ان يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وعليه ان يرد مثلها او قيمتها عند انتهاء حقه فى الانتفاع . وله نتاج المواشى ، بعد ان يعوض منها ما نفق من الأصل بسبب لايدله فيه .

هذه المادة تقابل المادة ٩٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على ارباحها .

٢ ــ وللمنتفع الذى قدم الكفالة ان يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وانما عليه ان يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع . وله نتاج المواشى ، بعد ان يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ » .
وقد عدل هذا النص على النحو التالى :

ففى الفقرة الأولى منه استبدلت عبارة « تامين كاف » بعبارة « كفالة به » ، وذلك لتوفير المرونة ، بحيث يصح تقديم أى تأمين كاف سواء كان كفالة أو رهنا . وعدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة ، بحيث يجوز للمالك ، اذا لم يقدم المنتفع التأمين ، ان يطلب بيع المال وتوظيف ثمنه بالطريقة التى تقرها المحكمة . وقد روعى فى ذلك اعطاء سلطة للمحكمة فى تحديد الطريقة التى يوظف بها ثمن المال بحسب ماتراه ، والمهم أن يكون استثمار الثمن بطريقة شرعية ليس فيها ربا أو شبهة الربا .

وفى الفقرة الثانية استبدلت كلمة « امتامين » بكلمة « الكفالة » . وادخل تعديل لفظى . واستبدلت عبارة « مثلها أو قيمتها » بكلمة « بدلها » لتوفير المرونة . واستبدلت عبارة « بسبب لايدله فيه » فى النهاية بعبارة « بحادث مفاجئ » ، لان العبارة المختارة أدق فى الدلالة على المقصود .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢١٤ من التقنين الاردنى .

والفقرة الاولى منها تقابل المادة ١٢٥٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٩٥١ من التقنين الكويتى .

وفى الفقة الاسلامى نصت المادة ٣٢ من مرشد الحيران على ما ياتى : « للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التى لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها ، وعليه رد مثلها او قيمتها بعد الانتفاع ، ويكون عليه ضمانها اذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تعدية لكونها قرضا » . ونصت المادة ٣٣ على ما ياتى : « اذا مات المنتفع بالمنقولات المتقدم ذكرها قبل أن يردها لصاحبها ، فعلية ضمان مثلها او قيمتها فى تركته » .

٣ ــ انتهاء حق الانتفاع

(مادة ١٠٠٨)

ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع . وهو ينتهى على اى حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٩٩٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٢٥٧ من التقنين العراقى .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٩٥٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٢١٥/ ١و٦ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١/١٢٤٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ص ٥٥٠ ٠

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى ٠ حيث ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، اذا عين له أجل وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع ، فقد استقر رأى الحقية على عدم توارث ملكية المنفعة ، وان كانوا يستثنون منها المرور والشرب (البدائع ج ٧ص ٣٥٣ و٣٥٤) ٠ وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة ، لان المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالا ٠ وقد نصت المادة ٣٥ من مرشد الحيران على أن «ينتهى حق الانتفاع بموت المنتفع ، وبانقضاء المدة المعينة له ان كان له مدة ، وبهلاك العين المنتفع بها » ٠

(مادة ١٠٠٩)

١ ـ ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، الا أنه ينتقل من هذا الشىء الى ماقد يقوم مقامه من عوض ٠

٢ ـ واذا لم يكن الهلاك راجعا الى خطأ المالك ، فلا يجبر على اعادة الشىء الى اصلة ٠ ولكنة اذا اعاده ، رجع للمنتفع حق الانتفاع اذا لم يكن الهلاك بسببه ، وفى هذه الحالة تطبق المادة ١٠٠٤ الفقرة الثانية ٠

هذه المادة تطابق المادة ٩٩٤ من التقنين الحالى ٠

وتتفق مع المادة ١٢٥٨ من التقنين العراقى ٠

وتتفق مع المادة ١٢١٧ من التقنين الاردنى ٠

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ٩٥٣ من التقنين الكويتى ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٤٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٢ ٠

وفى الفقة الاسلامى نصت المادة ٣٩ من مرشد الحيران على أن حق الانتفاع ينتهى بهلاك العين المنتفع بها ٠

(مادة ١٠١٠)

ينتهى حق الانتفاع اذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، غير أنه لايعد منتهيا اذا كان للمالك مصلحة فى بقائه ٠

هذه المادة مستحدثه ٠ وهى تطابق المادة ١٢٥٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ٠ وقد حذفت فى لجنة المراجعة ، لان حكمها مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) ٠

وبمقتضاها ينتهى حق الانتفاع باتحاد الذمة ٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٥٠ من المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المنتع أو يرث المنتفع المالك ، أو يشترى المالك حق الانتفاع أو يشترى المنتفع حق الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) ٠ ويلاحظ على هذا القول أنه لا يتأتى أن يرث المالك المنتفع لان حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع ، فلا يورث عنه هذا الحق ٠

وتقول المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٥٠ من المشروع التمهيدى فى تفسير ماجاء فى آخرها من أن حق الانتفاع لايعد منتهيا اذا كان للمالك مصلحة فى بقائه ، مايأتى : « ويلاحظ أن المالك اذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلا ، وكان حق الانتفاع مرهونا ، فان الرهن يبقى ولايتعدى الى الرقبة ٠ أما اذا كانت الرقبة مرهونة فالاصل ان حق الانتفاع ، اذا عاد الى صاحب الرقبة ، أو ملك المنتفع الرقبة المرهونة ، تعدى الرهن الى حق الانتفاع ، لان الرقبة هى الاصل وحق الانتفاع تبع لها فيشمله الرهن ٠ ولذلك احتاط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لايعد منتهيا ان كان للمالك مصلحة فى بقائه ٠ وتكون له هذه المصلحة اذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة حتى لايتعدى اليه الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) ٠

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٥٩ من التقنين العراقى ، مع اشتمال هذه الأخيرة فى نهايتها على عبارة « كأن كانت الرقبه مرهونة » ٠

وتتفق مع المادة ١٢١٥ / ٥ من التقنين الاردنى ، مع اشتمال هذه الأخيرة فى نهايتها على عبارة « كأن كانت الرقبة مرهونة » ٠

وحكم المادة المقترحة فى السطر الاول منها يتفق مع القواعد العامة فى الفقة الاسلامى ٠

(مادة ١٠١١)

١ ـ لاتسمع الدعوى بحق الانتفاع اذا لم يستعمل مدة خمس سنوات ٠

٢ ـ واذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوع ، فاستعمال احدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقين ، كما أن وقف المدة لمصلحة احد الشركاء يقفها لمصلحة الأخرين ٠

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ٩٩٥ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » ٠

وقد عدلت هذه المادة بالنص على عدم سماع الدعوى بحق الانتفاع ، بدلا من النص على انتهاء حق الانتفاع ، وذلك جريا على خطة المشروع فى الأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى فيما يتعلق بالتقادم ٠

وانقصت مدة عدم الاستعمال من خمس عشر سنة الى خمس سنوات ، وذلك نظرا الى أن الحكم يتعلق بحق يحمل الملكية بعبء ثقيل ويعوق التداول ، ومن المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لمصلحة تداول المال أن تتوفر للمالك سلطة كاملة على الشىء ، وذلك بجمع ماتفرق من عناصر الملكية ، مادام أن المنتفع قعد عن استعمال

حقه مدة خمس سنوات . فالتقادم هنا مسقط للحق بعدم الاستعمال ، ومن ثم يختلف عن التقادم المكسب بعدم سماع الدعوى على من يحوز الحق مدة خمس عشرة سنة .

ولايختلف الحكم فى الصياغة المقترحة فى جوهره عن حكم التقنين الحالى الا فيما يتعلق بالمدة . حيث لايلزم أن ينكر المالك حق الانتفاع الذى يدعيه المدعى ، لأن الأمر لا يتعلق بحيازة تقوم دليلا على الحق المحاز. كما هو الشأن فى التقادم المكسب ، بل يكفى أن يتمسك المالك بعدم استعمال المنتفع لحقه مدة خمس سنوات . وحتى لو أقر المالك بحق المنتفع ، فان هذا لايحول دون تمسكه بعدم سماع الدعوى ، لان مجرد عدم الاستعمال يكفى لسقوط الحق .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة . وهى تتناول حالة ما اذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوع . وبمقتضاها فان قطع مدة عدم سماع الدعوى أو وقفها لمصلحة أحد الشركاء يقطعها أو يقفها لمصلحة الباقين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٦٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٢١٩ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٥٤ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتسق مع مايراه فريق من الفقه الاسلامى من أن الحيازة تسقط الملك . وفى هذا يقول الخطاب : « وقال مالك فيمن له شىء ، ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه مايفعل المالك الدهر الطويل ، فان ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب » (شرح الحطاب على مختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٩) .

الفرع الثانى

حق الاستعمال وحق السكنى

(مادة ١٠١٢)

يتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق هو واسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك مع مراعاة مايقرره السند المنشىء للحق من أحكام .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

وتتفق مع المادتين ١٢٦١ و ١٢٦٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادتين ١٢٢٠ و ١٢٢١ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٩٥٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٥٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٧ و ٥٥٨ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦ من مرشد الحيران على مايأتى : « يصح أن يكون تمليك المنفعة قاصرا على الاستعمال أو على السكنى أو شاملا لهما معا » . ونصت المادة ٢٤ على ما يأتى : « من استحق سكنى دار موقوفة ، فله أن يسكنها مدة حياته باهله وحشمه وخدمه ، وله أن يسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبيا . وبعد موته ينتقل حق السكنى الى ولده ان كان الواقف قد جعله له ، والا فالى المصرف الذى جعله الواقف له » .

(مادة ١٠١٣)

لايجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٢٦٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٥٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٢٢٣ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٥٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٧ و ٥٥٨ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو الاعتبار الشخصى الملحوظ فى تخويل حق الاستعمال أو حق السكنى بمقتضى عقد أو وصية . ولذلك فمن المسلم بـه فى الفقه الاسلامى أنه اذا أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه « لايملك المستحقون للسكنى فى الدار ايجارها، ولا أحدهم اسكان غيره فى نصيبه بعوض ، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه » (فتوى شرعية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ص ٩٧ رقم ٥٤) .

(مادة ١٠١٤)

١ ـ يلتزم صاحب حق السكنى باجراء ماتحتاج اليه الدار من اصلاح . وتكون المبانى التى يقيمها ملكا خالصا له ينتقل الى ورثته .

٢ ـ فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الاصلاح ، فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالاصلاح استنزالا من الاجرة ، ويرد الدار فى نهاية الايجار الى صاحب حق السكنى .

هذه المادة مستحدثه .

وهى تطابق المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

وتطابق المادة ١٢٦٤ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى .

وتطابق المادة ١٢٢٢ من التقنين الاردنى ، مع اختلاف لفظى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥٥٧ .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع مايقررة الفقة الاسلامى . فقد نصت المادة ٢٧ من مرشد الحيران على ماياتى : « اذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنى للعمارة ، فعمارتها على من له حق السكنى من ماله ، ويكون ما يبينه من ماله ملكا له ولورثتة من بعده . وان امتنع من تعميرها ، فللقاضى أن يدفعها لغيره بطريق الاجارة ويعمرها باجرتها ، وبعد مضى المدة يردها لصاحب السكنى » .

(مادة ١٠١٥)

تسرى أحكام حق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى فيما لايتعارض مع الأحكام السابقة وطبيعة هذين الحقين .

هذه المادة تتفق مع المادة ٩٩٨ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لاتتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٢٤ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١٢٦٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٩٩٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع المادة ٩٥٧ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ٩٩٨ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حق الاستعمال وحق السكنى نوعان خاصان من حق الانتفاع .

الفصل الثانى

حق الحكر

(مادة ١٠١٦)

١ ـ لا يجوز ، من وقت العمل بهذا القانون ، ترتيب حق حكر على أرض موقوفه او على أرض غير موقوفه .

٢ ـ وتبقى الاحكام القائمة على أرض غير موقوفه وقت العمل بهذا القانون الى حين حلول اجلها اذا عين لها أجل ، أو انقضاء ستين سنة على انشائها اذا لم يعين لها أجل . وتسرى فى شأنها احكام القانون المدنى الملغى المنظمة للحكر .

هذه المادة تقابل المادة ١٠١٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفه ، وذلك مع عدم الاخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقره الثالثة .

٢ ـ والاحكار القائمة على ارض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها الاحكار المبينة فى المواد السابقة » .

ويتضح من هذه المادة أن التقنين الحالى حظر ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفه ، ولكنه استبقى الاحكام القائمة قبل صدوره على أرض غير موقوفه واخضعها لاحكامه .

وقد أخذ النطاق الذى حدده التقنين الحالى لحق الحكر يزداد ضيقا . حيث صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى الغى نظام الوقف على غير الخيرات ، وترتب على ذلك انتهاء كل حكر يكون مقررا على أرض انتهى وقفها . ثم صدر القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ (الذى حل محل القانونين رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، ورقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤) ، وقد أجاز لوزير الاوقاف بقرار منه انهاء حق الحكر المرتب على الاعيان الموقوفة وقفا خيريا اذا اقتضت المصلحة ذلك ، وأوجب أن يتم انهاء جميع الاحكار خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ العمل به . وبذلك انحصر تطبيق احكام الحكر الواردة فى التقنين المدنى الحالى على الاحكار القائمة فعلا قبل العمل به ، وهذه قلة ضئيلة . اذ أن الاحكار القائمة على الاراضى الموقوفه قد انتهت فعلا بقرار من وزير الأوقاف وفقا للقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ . أما الاحكار القائمة على الأراضى غير الموقوفة فقد بقيت دون علاج ، فهذه تبقى سارية لمدتها واوزادت على ستين سنة ، بل ولو كانت مؤبدة ، ومن ثم كان لا بد من نص خاص يعالجها . وهذا ما تكلفت به الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

لهذا رؤى فى المادة المقترحة مواجهة هذا الوضع باكمله .

فبمقتضى الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون ، ترتيب حق حكر على أرض موقوفة أو على أرض غير موقوفه . وليس هذا الا اقرارا للواقع الحالى فى ضوء التشريعات الخاصة التى تقدم ذكرها .

ولان الاحكار التى قامت على أراضى موقوفه قد زالت بموجب التشريعات الخاصة المشار اليها ، فلم يعد باقيا سوى الاحكار القائمة على أرض غير موقوفه قبل العمل بالتقنين المدنى الحالى . وهذه الاحكار هى التى تناولتها الفقرة الثانية من المادة المقترحة . فبمقتضاها تبقى هذه الأحكار اما الى حين حلول أجلها اذا عين لها أجل ، واما بانقضاء ستين سنة على انشائها اذا لم يعين لها أجل . وتسرى فى شأنها أحكام التقنين الحالى المنظمة للحكر . وعلى هذا النحو يكون مصير هذه الاحكار الى زوال قريب .

ومن ثم فلم يعد الحكر أحد الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية فى القانون المصرى . فهو اليوم لا يستجيب لحاجة لدى مجتمعنا الحديث . وهو قيد خطير على حق الملكية ، مما يؤدى الى صعوبة التصرف فى الاراضى المثقلة به ويعرقل تداولها .

الفصل الثالث

حق الارتفاق

(مادة ١٠١٧)

الارتفاق حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر .

هذه المادة تطابق الشطر الأول من المادة ١٠١٥ من التقنين الحالى مع اضافة كلمة « عينى » بعد كلمة « حق » .

وتطابق المادة ١٢٧١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٢٧١ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩٥٨ من التقنين الكويتى .

والتعريف الوارد فيها لحق الارتفاق يتفق مع تعريف الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٣٧ من مرشد الحيران على ما يأتى : « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » .

١ ــ انشاء حق الارتفاق :

(مادة ١٠١٨)

يجوز أن يترتب حق الارتفاق على مال عام ، ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال .

هذه المادة تطابق الشطر الاخير من المادة ١٠١٥ من التقنين الحالى .

ولا يتعارض حكمها مع المبادىء المقررة فى الفقه الاسلامى .

(مادة ١٠١٩)

يكسب حق الارتفاق بالتصرف القانونى أو بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى .

هذه المادة تقابل المادة ١٠١٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

"١ ــ حق الارتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالميراث .

٢ ــ ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة » .

وقد عدلت هذه المادة . حيث استبدلت عبارة « بالتصرف القانونى » الواردة فى الفقرة الأولى بعبارة « بعمل قانونى » ، لان المقصود هو التصرف .

وحذف الميراث ، لان ذكره غير دقيق ، اذ أن حق الارتفاق لا ينتقل استقلالا من شخص الى آخر ، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعا له . ذلك أن اسباب كسب حق الارتفاق هى اسباب كسب الملكيه ابتداء وليس انتقالا من مالك سابق ، وذلك فيما عدا ما لايتفق من هذه الاسباب مع طبيعه حق الارتفاق . وبذلك يخرج من هذه الاسباب الاستيلاء والالتصاق ، لانهما لا يتفقان مع طبيعه حق الارتفاق ، كما تخرج الشفعه والميراث ، لانهما سببان لكسب الملكية انتقالا ، فلا يصح أن ينتقل بهما حق الارتفاق مستقلا بذاته ، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعا له . ويبقى بعد ذلك التصرف القانونى ، اى العقد والوصيه . والحيازه عند عدم سماع الدعوى . ويضاف الى ذلك تخصيص المالك الاصلى المنصوص عليه فى المادة التالية .

وحذفت الفقرة الثانية ، لان شرط الظهور فى الارتفاق لجواز كسبه بالتقادم ماخوذ من القانون الفرنسى ، واشتراط الظهور فى هذا القانون يرجع الى اعتبارات تاريخية ليس لها مبرر معقول . ولا يصح لتعليل اشتراط الظهور ما تقوله المذكرة الايضاحية من انه « اشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ان يكون ظاهرا . وذلك حتى لايشوب الحيازة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٦٢٨) . حيث ينطوى هذا التعديل على خلط بين معنى الظهور فى الارتفاق ومعناه فى الحيازة . فالارتفاق الظاهر هو الذى تدل عليه علامة خارجية، أما الحيازة الظاهرة فهى التى فيها يباشر الحائز الأعمال الماديه للحيازة على نحو تكون فيه ظاهرة للجمهور . ومن ثم قد يكون الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك تصح حيازته حيازة ظاهرة . فحق الارتفاق بالمرور قد يكون غير ظاهر ، وذلك اذا لم يكن الطريق مخططا ولم تكن هناك علامة خارجية أخرى تدل عليه . ومع ذلك تكون حيازته ظاهرة غير مشوبة بعيب الخفاء اذا كان الحائز يمر علنا على نحو ظاهر للجمهور . وحق اغتراف المياه ارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك يمكن ان ترد عليه حيازة غير خفية اذا كان الحائز يغترف المياه بشكل ظاهر وعلنى . كذلك لا يكفى لتبرير اشتراط الظهور فى حق الارتفاق أن يقال أن هذا الحق يقتضى ظهورا أوضح لما فيه من دقة ولما قد ينطوى عليه من خفاء . اذ ان ممارسة الأعمال المادية للحيازة بشكل ظاهر وعلنى تكفى لمواجهة ما قد ينطوى عليه الارتفاق من خفاء .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٧٢ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ١٠١٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٢٧٢ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ١٠١٦ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٢١٦ من المجلة على ما يأتى : « يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعا للارض والماء تبعا لقنواته » . ونصت

المادة ١٢٢٤ على ما يأتي : « يعتبر القدم فى حق المرور وحق المجرى وحق المسيل . يعنى ترك هذه الاشياء وتبقى على وجهها القديم الذى كانت عليه لان الشىء القديم يبقى على حاله على حكم مادة ٦ ولا يتغير الا أن يقوم الدليل على خلافه . أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له ، يعنى اذا كان الشىء المعمول غير مشروع فى الأصل فلا اعتبار له وان كان قديما ويزال اذا كان فيه ضرر فاحش (راجع مادة ٢٧) . مثلا اذا كان لدار مسيل قذر فى الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة ، فان ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه » .

ونصت المادة ٤٧ من مرشد الحيران على ما يأتى : « حق الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به . ولايباع الا تبعا للارض كحق المسيل ، ولا يوهب ولا يؤجر » . ونصت المادة ٤٨ على ما يأتى : «القديم يبقى على قدمه فى حق المرور والمجرى والمسيل ، ما لم يكن غير مشروع من أصله ، فان كان كذلك فلا اعتبار له ، ويزال ان كان فيه ضرر بين . فان كان لدار مسيل قذر فى الطريق العام وكان مضرا بالعامه ، يرفع ضرورة ولو كان قديما ولايعتبر قدمه » . ونصت المادة ٥١ على ما يأتى : « من كان له مجرى أو سياق ماء جاز بحق قديم فى ملك شخص آخر ، فليس لصاحبه منعه » . ونصت المادة ٥٢ على ما يأتى : « اذا كان لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم ، فليس للجار منعه » .

(مادة ١٠٢٠)

١ ـ يجوز أيضا أن ترتب الارتفاقات الظاهرة بتخصيص من المالك الأصلى .

٢ ـ ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى ، اذا تبين بأى طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد اقام بينهما علامة ظاهرة ، فانشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ، مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل فى صياغة الفقرة الأولى .

وتطابق المادة ١٢٧٣ من التقنين العراقى ، مع اختلاف فى الصياغة .

وتتفق مع المادة ١٢٧٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٩٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٨٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٢٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يقوم على اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين عند انفصالهما ، اذ أن الابقاء على الحالة الواقعية التى انشأها المالك الأصلى يفيد ضمنا أنهما أرادا نشوء حق الارتفاق .

(مادة ١٠٢١)

١ ـ اذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره .

٢ ـ وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض اذا رأت المحكمة مايبرر ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١٨ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٢٧٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٢٧٤ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٢٩٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ص٦٣١ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يتفق مع القواعد العامة فى حق الارتفاق ، سواء فى الفقه الاسلامى أو فى القانون الوضعى . وبالاضافة الى ذلك فقد نصت المادة ١١٩٢ من المجلة على مايأتى : « كل يتصرف فى ملكه كيف شاء ، لكن اذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه ... » ونصت المادة ٥٧ من مرشد الحيران على ما يأتى : « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه . فيعلى حائطه ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا » . ونصت المادة ٥٨ على مايأتى : « اذا تعلق حق الغير بالملك ، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفا مضرا الا باذن صاحب الحق » .

١ ـ آثار حق الارتفاق :

(مادة ١٠٢٢)

تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند انشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللاحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٢٧٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٥٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٠٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع أحكام الفقه الاسلامى • فقد نصت المادة ١٩ من مرشد الحيران فى باب حق الانتفاع على ماياتى : « يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات » • ونصت المادة ٤٥ من المجلة على أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » •

(مادة ١٠٢٣)

١ ـ اذا جزىء العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على الا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به •

٢ ـ غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع الا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب انهاء هذا الحق عن الأجزاء الأخرى •

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « انهاء » فى الفقرة الثانية بكلمة « زوال » •

وتطابق المادة ١٢٧٩ من التقنين العراقى التى تطابق تماما المادة ١٠٢٤ من التقنين المصرى الحالى •

وتطابق المادة ٩٦٥ من التقنين الكويتى •

وتتفق مع المادة ١٣١٣ من التقنين الاردنى •

وفى الفقة الاسلامى يمكن تخريج المادة المقترحة على أساس المبدأين الشرعيين الآتيين : الأصل بقاء ماكان على ماكان (م ٥ من المجلة) ، وما جاز لعذر بطل بزواله (م ٢٣ من المجلة) •

(مادة ١٠٢٤)

١ ـ اذا جزىء العقار المرتفق به ، بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه •

٢ ـ غير انه اذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعض هذه الاجزاء ولايمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب انهاء هذا الحق عن الجزء الذى يملكه •

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « انهاء » فى الفقرة الثانية بكلمة « زوال » •

وتطابق المادة ١٢٨٠ من التقنين العراقى التى تطابق تماما المادة ١٠٢٥ من التقنين المصرى الحالى •

وتطابق المادة ٩٦٦ من التقنين الكويتى •

وتتفق مع المادة ١٣١٤ من التقنين الاردنى •

وفى الفقه الاسلامى يمكن تخريج المادة المقترحة على اساس المبدأين الشرعيين الآتيين : الأصل بقاء ماكان على ماكان (م ٥ من المجلة) ، وما جاز لعذر بطل بزواله (م٢٣ من المجلة) •

(مادة ١٠٢٥)

١ ـ لمالك العقار المرتفق أن يجرى الأعمال الضرورية لاستعمال حقه أو المحافظة عليه • وعليه أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى لاينشا عنه الا أقل ضرر ممكن •

٢ ـ ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أيةزيادة فى عبء الارتفاق

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى

« ١ ـ لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ماهو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن •

٢ ـ ولايجوز ان يترتب على مايجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق » •

وقد ادخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة •

وتتفق مع المادة ١٢٧٦ من التقنين العراقى •

وتتفق مع المادة ١٣١٠ من التقنين الاردنى •

والفقرة الاولى منها تطابق المادة ٩٦١ من التقنين الكويتى • والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٩٦٢ من هذا التقنين •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٩٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٣٩ •

وفى الفقه الاسلامى يقاس حكم المادة المقترحة على ماجاء فى باب الانتفاع فقد نصت المادة ٢٨ من مرشد الحيران على أنه «يجب على صاحب المنفعة ان يعتنى بحفظ العين المنتفع بها صيانة لها » • ونصت المادة ٢٩ على أن « مالك المنفعة ان كان مقيدا بقيد فله أن يستوفيه لعينه او يستوفى مثله أو مادونه ، وليس له أن يتجاوزه الى مافوقه » •

(مادة ١٠٢٦)

١ ـ تكون نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على مالك العقار المرتفق ، ما لم يشترط غير ذلك •

٢ ـ فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق •

٣ ـ واذا كانت الأعمال نافعه أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة مايعود عليه من الفائدة •

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٢ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف فى الفقرة الاولى •

وتطابق المادة ١٢٧٧ من التقنين العراقى ٠

وتطابق المادة ٩٦٣ من التقنين الكويتى ٠

وتقابل المادة ١٣١١ من التقنين الاردنى ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٩٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٣٩ ٠

وأحكام الفقرتين الاولى والثالثة من المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقة الاسلامى ٠ فقد نصت المادة ٣١ من مرشد الحيران على أن « المصاريف اللازمة لمؤونة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة » ٠ ونصت المادة ٨٧ من المجلة على أن « الغرم بالغنم » ، يعنى أن من ينال نفع شىء يتحمل ضرره » ٠

(مادة ١٠٢٧)

لايلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، مالم يشترط غير ذلك ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢١ من التقنين الحالى ٠

وتتفق مع أحكام الفقه الاسلامى فيما ينص عليه من أن « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » (م ٣٧ من مرشدالحيران) ٠

(مادة ١٠٢٨)

١ ـ لايجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او جعله أكثر مشقة ، ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم ، أو يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر ٠

٢ ـ ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من أحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار ان يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو غيره اذاقبل ذلك كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان عليه فى وضعه السابق ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية طفيفة فى الفقرة الثانية ٠

وتطابق المادة ١٢٧٨ / ١ و ٢ من التقنين العراقى ٠

وتتفق مع المادة ١٣١٢ من التقنين الأردنى ٠

والفقرة الاولى منها تتفق مع الفقرة الاولى من المادة ٩٦٤ من التقنين الكويتى ٠ والفقرة الثانية منها تطابق الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٩٤) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٤٥و٦٤٦ ٠

وفى الفقة الاسلامى ، فان أحكام المادة المقترحة تتفق مع مقتضى المادة ٢٩ من مرشد الحيران التى تنص على مايأتى : « لمالك المنفعة دون العين بعقد تبرع أو اجارة أن يتصرف فى العين المنتفع بها التصرف المعتاد اذا كان عقد المنفعة مطلقا غير مقيد بقيد ٠ فان كان مقيدا بقيد ، فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفى مثله أو مادونه ، وليس له أن يتجاوزه الى مافوقه » ٠

٣ ـ انتهاء حق الارتفاق

(مادة ١٠٢٩)

ينتهى حق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ، وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، الا أنه اذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يستند أثره الى الماضى فان حق الارتفاق يعود ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى ٠

وتطابق المادة ١٢٨١ من التقنين العراقى ٠

وتتفق مع المادتين ١٣١٥ و ١٣١٦ من التقنين الاردنى ٠

وتتفق مع المادة ٩٦٧ من التقنين الكويتى ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٢٩٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٤٨ ٠

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ٠ فقد نصت المادة ٣٥ من مرشد الحيران على مايأتى : « ينتهى حق الانتفاع بانقضاء المدة المعينة له ان كان له مدة ، وبهلاك العين المنتفع بها » ٠ ويقاس على ذلك ماجاء فى المادة المقترحة فيما يتعلق بانقضاء الاجل ، وهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق ٠ ونصت المادة ١٢٢٧ من المجلة على مايأتى : « اذا كان لواحد حق المرور فى ممرمعين فى عرصة آخر ، فأحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر باذن صاحب حق المرور ، فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة ٠ راجع مادة ٥١ » ٠

(مادة ١٠٣٠)

ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ٠ ويستمر اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعماله ، الا ان يكون قد انتهى بعدم الاستعمال ٠

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لايمكن فيها استعمال هذا الحق ٠

٢ ـ ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » .

وقد ادمجت هاتان الفقرتان فى فقرة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة . واستبدلت عبارة « ويستمر » بعبارة « ويعود » ، لان هذه العبارة الأخيرة غير دقيقة . فحق الارتفاق ينتهى اذا استحال استعماله بسبب تغير وضع الأشياء بصفة نهائية . لكن اذا زالت هذه الاستحالة ، بان عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، فان الارتفاق يعتبر انه لم ينته بسبب استحالة استعماله ، وانما وقف استعماله الى أن تزول هذه الاستحالة . وحينئذ يعود استعمال الارتفاق الى ماكان عليه ، ولكن حق الارتفاق ذاته يستمر باقيا . وذلك مالم يكن قد مضت على عدم استعماله المدة المقررة لانتهائه بعدم الاستعمال ، اذ فى هذه الحالة ينتهى ، ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٢٨٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣١٧ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٩٦٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن حكمها تقتضيه طبيعة الاشياء . ما دام أن حق الارتفاق اصبح استعماله مستحيلا بسبب تغير وضع الأشياء ، فاذا زالت هذه الاستحالة استمر الحق باقيا . وذلك مالم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال .

(مادة ١٠٣١)

لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٢٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٢٨٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٧٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣١٩ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٣٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٦٥٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تمسك مالك العقار المرتفق به بحق الارتفاق رغم انعدام فائدته ، يعتبر تعسفا فى استعماله .

(مادة ١٠٣٢)

١ ـ لا تسمع الدعوى بحق الارتفاق اذا لم يستعمل مدة خمس سنوات . فان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفه ، كانت المدة عشر سنوات .

٢ ـ واذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فاستعمال أحدهم الارتفاق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يقفها لمصلحه الآخرين .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢٧ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ تنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها ان يعدل من الكيفية التى يستعمل بها .

٢ ـ واذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما ان وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » .

وقد عدلت هذه المادة فى فقرتها الأولى بالنص على عدم سماع الدعوى بحق الارتفاق ، بدلا من النص على انتهاء حق الارتفاق ، وذلك جريا على خطة المشروع فى الاخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى فيما يتعلق بالتقادم .

وانقصت مدة عدم الاستعمال من خمس عشرة سنة الى خمس سنوات ، وذلك نظرا الى ان الحكم يتعلق بحق يحمل الملكية بعبء ثقيل ، ومن المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لمصلحة تداول المال أن تتوفر للمالك سلطة كاملة على الشيء ، مادام أن صاحب العقار المرتفق قعد عن استعمال حقه مدة خمس سنوات . فالتقادم هنامسقط للحق بعدم الاستعمال ، ومن ثم يختلف عن التقادم المكسب بعدم سماع الدعوى على من يحوز الحق مدة خمس عشرة سنة .

وانقصت المدة ، اذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفه ، من ثلاث وثلاثين سنة الى عشر سنوات ، لكى يكون هناك تناسب بين المدة المقررة فى القاعدة العامة والمدة المقررة بالنسبة الى العين الموقوفه .

وادخلت تعديلات لفظية على الفقرة الثانية .

ولا يختلف الحكم فى الصياغة المقترحة فى جوهره عن حكم التقنين الحالى الا فيما يتعلق بالمدة . حيث لا يلزم ان ينكر صاحب العقار المرتفق به حق الارتفاق الذى يدعيه المدعى ، لأن الأمر لا يتعلق بحيازة تقوم دليلا على الحق المحاز كما هو الشأن فى التقادم المكسب ، بل يكفى ان يتمسك صاحب هذا العقار بعدم استعمال صاحب العقار المرتفق لحقه مدة خمس سنوات . وحتى لو أقر صاحب العقار المرتفق به بحق المدعى ، فان هذا لا يحول دون تمسكه بعدم سماع الدعوى ، لان مجرد عدم الاستعمال يكفى لسقوط الحق .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٨٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٢١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٩٦٨ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة يتسق مع ما يراه فريق من الفقه الاسلامى من أن الحيازة تسقط الملك . وفى هذا يقول الحطاب : « وقال مالك فيمن له شىء ، ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه مايفعل المالك الدهر الطويل ، فان ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب» (شرح الحطاب على مختصر خليل ج٦ص ٢٢٩) .

الكتاب الربع

الحقوق العينية التبعية

(التامينات العينية)

نظرة عامة

الحقوق العينية التبعية أو التامينات العينية فى التقنين المدنى الحالى هى حق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، وحق الرهن الحيازى ، وحقوق الامتياز .

وقد ابقى المشروع من هذه الحقوق حق الرهن الرسمى ، وحق الرهن الحيازى مع قصره على المنقول ، وحقوق الامتياز . وحذف النصوص المتعلقه بحق الاختصاص .

ففيما يتعلق بالرهن الحيازى ، فقد قصره المشروع على المنقول ، حيث رؤى الاستغناء عن الرهن الحيازى فى العقار اكتفاء بالرهن الرسمى الذى لا يرد الا على عقار . ذلك أن الغرض من الرهن الحيازى توفير ضمان للدائن للحصول على دينه فى نهاية الاجل ، وليس الغرض منه تخويل الدائن الانتفاع بالشىء المرهون . واذا كان هذا الضمان يقتضى انتقال الحيازة الى الدائن فى المنقول حماية له من تصرف الراهن ، فانه لا يقتضى انتقال الحيازة فى العقار ما دام أن الرهن الرسمى يجب شهره بطريق القيد فتتوفر الحماية للدائن بما يترتب على القيد من ثبوت حق التقدم والتتبع له اذا تصرف الراهن فى العقار المرهون . واذا كان الدائن يستثمر المال المرهون ويحتفظ بغلته استنزالا من الدين ، فان هذا من شانه ان يجعل المدين تحت رحمة الدائن فى استغلال العقار وفى المحاسبة على الريع . وليس استغلال الغير كاستغلال المالك لماله . ومما يقال من ان الناس فى الريف قد الفوا التعامل بالرهن الحيازى أكثر من التعامل بالرهن الرسمى ، يلاحظ عليه أن الرهن الرسمى أخذ فى الانتشار بعد أن انشئت مأموريات كثيرة لتوثيق العقود الرسمية فى جميع البلاد ، وبعد أن أصبح الرهن الحيازى العقارى خاضعا للقيد كالرهن الرسمى . فالرهن الرسمى له ميزة تعتبر من الاسس التى يقوم عليها ، وهى التوفيق بين ضمان حق الدائن ومصلحة الراهن فى استغلال العقار المرهون والتصرف فيه . وليس انتشار الرهن الرسمى الا دليلا على وعى بهذه الميزة جعل الناس يرجحون الرهن الرسمى على الرهن الحيازى أسوة بالمصارف والبيوت الماليه الكبيرة .

أما حق الاختصاص فهو حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضى بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك العقار فى أى يد يكون . وقد أغفل المشروع تنظيمه استجابة للاتجاه السائد فى الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية . وقد ظهر ذلك فى أقوال الفقهاء الذين أيدوا الأحكام التى تضيق من نطاق هذا الحق . ويرجع ذلك الى عيبين أساسيين يشوبان حق الاختصاص : الأول أنه يتقرر بأمر من القاضى بناء على رغبة من الدائن دون أن يرتضيه المدين باتفاق بينه وبين الدائن ، مع أن مرجع الاولوية بين الدائنين يجب أن يكون الى الاتفاق او القانون . والثانى أن تقرير الافضلية للدائن لمجرد السبق فى الحصول على حكم لا ينهض سببا معقولا للاخلال بقاعدة المساواه بين الدائنين ، بل انه يؤدى الى تسابق الدائنين فى الحصول على حكم بالدين ، مما يترتب عليه زيادة فى المصروفات . وقد ادى هذا بمعظم القوانين العربية الى عدم الاخذ بنظام حق الاختصاص . ومن ثم فلم يعد حق الاختصاص فى المشروع من الحقوق العينية التبعية .

البـاب الأول

الرهن الرسمى

(مادة ١٠٣٣)

الرهن الرسمى حق عينى يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقار مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتضاه انيتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبه فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار فى أى يد يكون .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبه فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » .

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الرسمى يطلق على العقد الذى يترتب به للدائن حق عينى على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضا على هذا الحق العينى الذى ترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٠) .

ولكن الأولى ان ينصب التعريف على الرهن الرسمى بأعتباره حقا عينيا ، وهو ما راعاه المشروع فى المادة المقترحة .

كذلك عدل النص باستبدال عبارة « فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار » بعبارة « فى استيفاء حقه من ثمن العقار » ، حيث يستوفى الدائن المرتهن دينه اما من ثمن العقار أو من المال الذى حل محل العقار ، فهو فى الحالين يستوفى حقه من المقابل النقدى للعقار .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٨٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ١٠٢٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٣٢٢ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ١٠٣٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٩٧١ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى ، وان كان لا يتحدث الا عن الرهن الحيازى ، الا أنه يقبل الرهن الرسمى فى ضوء التنظيم المقرر له . ذلك أن هذا التنظيم ، بما فيه من رسمية وشهر ، يتفق مع ما يهدف اليه الفقه الاسلامى من تأمين الدين وضمان الوفاء به . اذ أن توثيق الدين وتأمينه من شأنه أن يوفر الثقة بين الدائن ومدينه . وقد أشار الى ذلك الزيلعى ، فقال : «أن الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين ، فان المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن ، والدائن يأمن بالرهن من القوى بالجحود أو باسراف المدين فى ماله بحيث لم يبق له منه شىء أو بمحاصة غيره من الغرماء ، فكان فيه نفع لهما » (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ٦٣) .

الفصل الأول

انشاء الرهن الرسمى

(مادة ١٠٣٤)

١ ـ لا ينعقد الرهن الرسمى الا اذا كان بورقة رسمية .

٢ ـ ونفقات العقد على الراهن ، الا اذا اتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٧٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٢٨٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٢٣ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٠

وفى الفقه الاسلامى : انظر ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة .

(مادة ١٠٣٥)

١ ـ يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، واهلا للتصرف فيه .

٢ ـ وفى كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، **كفيلا عينيا يقدم رهنا لمصلحة المدين .**

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ **يجوز أن** يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز ان يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

٢ ـ وفى كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٣٢٤ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١٢٨٧ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة ٩٧٣ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٣٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص١٤

وفى الفقه الاسلامى ، فان حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة .

أما عن الفقرة الثانية ، فان الفقه الاسلامى يتحدث فى باب الرهن الحيازى عما يسميه « الرهن المستعار » . فقد نصت المادة ٧٢٦ من المجلة على أنه « يجوز أن يستعير أحد مال آخر ويرهنه باذنه ، ويقال لهذا الرهن المستعار » . ونصت المادة ٧٢٧ على أنه « ان كان اذن صاحب المال مطلقا . فللمستعير أن يرهنه بأى وجه شاء » . ونصت المادة ٧٢٨ على أنه « اذا كان اذن صاحب المال مقيدا بأن يرهنه فى مقابلة كذا دراهم اوفى مقابلة مال جنسه كذا أو عند فلان أو فى البلدة الفلانية ، فليس للمستعير أن يرهنه الاعلى وفق قيده وشرطه » .

وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٩٦٠ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠٣٦)

١ ـ اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، كان رهنه موقوفا على أجازة المالك الحقيقى بورقة رسمية . **واذا لم تصدر هذه الاجازة ، فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن .**

٢ ـ ويقع باطلا رهن المال المستقبل .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . واذا لم يصدر هذا الأقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن » .

وقد اعتمد المشروع فى هذا الصدد فكرة العقد الموقوف التى يأخذ بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى فى هذا النص .

وبذلك يسوى المشروع بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . فقد نصت المادة ٤٣٩ من المشروع على أن « من باع ملك غيره بدون أذنه ، كان بيعه موقوفا على اجازة المالك » .

وسواء فيما يتعلق ببيع ملك الغير أو فيما يتعلق برهن ملك الغير، فان الحكم يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة التى أخذ بها المشروع فى خصوص العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٢٧ من المشروع على أن «يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ١/١٢٨ من المشروع على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه كانت اجازته للمالك .

أنظر المراجع والنصوص الشرعية المشار اليها تحت المواد المذكورة .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٢٥ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ٩٧٤ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٤٤٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص١٥ .

(مادة ١٠٣٧)

يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣٤ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو الغاؤه » ، لانها تدخل فى عموم الزوال لأى سبب آخر .

وتطابق المادة ٩٧٥ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى يقبل حكم المادة المقترحة ، حماية للدائن حسن النيـة .

(مادة ١٠٣٨)

١ - يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته .

٢ - واذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة فى العقار او جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة اعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بأجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بأمتياز المتقاسمين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣٩ من التقنين الحالى .

والفقرة الاولى منها تطابق المادة ٩٧٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٢٩١ / ٢ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية تقابل المادة ٩٨٠ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص٣١ .

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامى ، فقد أخذ المشروع فى جواز رهن الحصة الشائعة برأى الامامين مالك والشافعى (بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩ . المهذب ج ١ ص ٣٠٨) . وهذا الرهن محل خلاف فى الفقه الاسلامى بالنسبة الى الرهن الحيازى ، وسببه كما جاء فى بداية المجتهد هو هل يمكن حيازة المال الشائع أم لا ؟ ولا محل لهذا الخلاف فى الرهن الرسمى لان حيازة العقار المرهون لا تنتقل الى الدائن . وقد جاء فى المهذب أن ما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعا ، لان المشاع كالمقسوم فى جواز البيع فكان كالمقسوم فى جواز الرهن . فان كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير اذن شريكه ، ففيه وجهان أحدهما يصح كما يصح بيعه ، والثانى لا يصح لأن فيه اضرارا بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت فى حصته فيكون بعضه رهنا . وهذا الرأى الثانى مردود ، حيث عالجه المشروع بالنص على أنه اذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل .

وقد نصت المادة ١٦٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « يلزم لصحة الرهن أن يكون المرهون عينا ولو مشاعا ... » .

ونصت المادة ١٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « يصح رهن جزء مشاع فى عقار ونحوه ... » .

(مادة ١٠٣٩)

١ ـ لا يجوز ان يرد الرهن الرسمي الا على عقار ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

٢ ـ ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه. وأن يرد هذا التعيين اما فى عقد الرهن ذاته أوفى عقد رسمى لاحق، والا وقع الرهن باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣٥ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٢٩٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٩٧٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٢٩ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص٢٢ .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، فهو لا يتعارض مع أحكامه ، ومن شأنه تخصيص الرهن على نحو يتحدد فيه العقار المرهون تحديدا دقيقا ، الامر الذى يقتضيه استقرار التعامل وحماية من يتعاملون فى العقار .

وقد نصت المادة ٧٠٩ من المجلة على أنه « يشترط أن يكون المرهون صالحا للبيع ، فيلزم أن يكون موجودا ومالا متقوما ومقدور التسليم فى وقت الرهن » . وفى هذا المعنى أيضا المادة ٥٥٤ من مرشد الحيران .

وجاء فى المغنى (ج٤ ص ٣٧٥) : وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن . وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الراهن ومحل الشىء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفى الحكم .

وفى هذا المعنى أيضا : المادة ١٦٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى ، والمادة ١٦٩ من هذا المشروع على مذهب الامام أحمد .

(مادة ١٠٤٠)

يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك وهذا مع عدم الاخلال بحقوق الغير القائمة على هذه الملحقات وقت دخولها فى الرهن . وبامتياز المبالغ التى انفقت فى حفظ العقار اوصلاحه أو المستحقه للمقاولين أو المهندسين المنصوص عليه فى المادتين ١١٣٣ و ١١٣٥ .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى:

« يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » .

وقد اضيفت الى هذا النص ، بعد عبارة « مع عدم الاخلال » ، عبارة « بحقوق الغير القائمة على هذه الملحقات وقت دخولها فى الرهن » ، وذلك لكفالة المحافظة على امتياز البائع بالنسبة الى ثمن المنقول ، اذ لا يصح ان يترتب على تخصيص المنقول لخدمة العقار ان يضار بائعه ، ولا سيما وأن امتياز بائع المنقول لا يزول مادام المبيع محتفظا بذاتيته (انظر فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٢٥) .

وأشير فى نهاية النص فيما يتعلق بحق الامتياز الى المادتين ١١٣٣ و ١١٣٥ من المشروع .

انظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٣) ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٢٤ و ٢٥ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٩٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٣٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٩٧٧ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧١١ من المجلة فى باب الرهن الحيازى على ما يأتى : «كما ان المشتملات الداخله فى البيع بلا ذكر تدخل فى الرهن ايضا ، كذلك لو رهنت عرصة تدخل فى الرهن اشجارها واثمارها وسائر مفروشاتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة » .

(مادة ١٠٤١)

يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية ان يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى اعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣٧ من التقنين الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٧ .

وفى الفقه الاسلامى : أنظر المادة ٧١١ من المجلة التى تقدم ذكرها .

(مادة ١٠٤٢)

يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى لنفسه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى وفقا للاحكام الخاصة بالالتصاق » .

وقد عدل هذا النص باستبدال عبارة « اذا استبقى المبانى لنفسه » بعبارة « اذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق » ، وذلك حتى يكون النص عاما وشاملا لكل تعويض يدفعه المالك مقابل احتفاظه بالمبانى ، سواء كان ذلك بناء على الاتفاق أو اعمالا لأحكام الالتصاق .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٩٧٨ من التقنين الكويتى .

وحكمها يقبله الفقه الاسلامى ، حفاظا على مصلحة الدائن .

(مادة ١٠٤٣)

يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى . فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى اليه هذا الدين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٠ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال كلمة « فيجوز » فى بداية الشطر الأخير منها بعبارة « كما يجوز » ، لان الحالات المذكورة فى هذا الشطر تطبيق للقاعدة الواردة فى الشطر الأول .

وتطابق المادة ١٢٩٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٨١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٣٢ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٣ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٩٥٥ من مرشد الحيران على أنه « يشترط فى مقابل الرهن ان يكون دينا ثابتا فى الذمة أو موعودا به أو عينا من الأعيان المضمونه ، فلا يصح الرهن بالامانات » ، وفى هذا المعنى أيضا : المادة ٧١٠ من المجلة . انظر رد المحتار ج ٥ ص ٣١٨ .

والدين الموعود به يشمل الدين المستقبل والدين الاحتمالى .

(مادة ١٠٤٤)

كل جزء من العقار أو العقارات المرهونه ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونه كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤١ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « ضامن » الواردة فى العبارة الأولى بكلمة « ضامنة » .

وتطابق المادة ١٢٩٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٨٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٣٣ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٤٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٣٥ .

وقاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة التى تنص عليها المادة المقترحة مقررة فى الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٧٣١ من المجلة فيما يتعلق بالرهن الحيازى على أنه « اذا وفى مقدار من الدين ، فلا يلزم رد مقدار من الرهن الذى هو فى مقابلته ، وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى أن يستوفى تمام الدين . ولكن لو كان المرهون شيئين ، وكان تعين لكل منهما مقدار من الدين ، اذا أدى مقدار ما تعين لاحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط » . ونصت المادة ٩٦١ من مرشد الحيران على أنه « اذا قضى الراهن بعض الدين ، فلا يكلف المرتهن بتسليمة بعض الرهن ، بل يحبسه الى استيفاء ما بقى منه ولو قليلا . انما اذا كان المرهون شيئين ، وعين لكل منها مقدار من الدين ، وادى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما ، كان له ان يأخذه، أما اذا لم يعين فليس له الاخذ لحبس الكل بكل الدين » .

وما يسرى على الرهن الحيازى فى هذا الصدد يسرى على الرهن الرسمى بطريق القياس .

انظر : بداية المجتهد ج٢ ص٢٣١ . رد المحتار ج٥ ص ٣٢١ . المهذب ج١ ص٣٠٧ .

وقد جاء فى بداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٣١) : والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة المرهون فيه وببعضه ، اعنى أنه اذا رهنة فى عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفى حقه . وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر مايبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت . وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن تكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه وأصله الكفالة .

وجاء فى المهذب (ج ١ ص ٣٠٧) : ولا ينفك من الرهن شىء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لانه وثيقة محضة ، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه ....

وجاء فى المغنى لابن قدامة (ج ٤ ص ٣٩٩) : واذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقى . وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن فيصير محبوسا بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين . قال بذلك ابن المنذر ومالك والشورى والشافعى وسحق وأبو ثور واصحاب الرأى ، لان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة .

وقد جرى المشروع على رأى الجمهور ، شأنه فى ذلك شأن بقية القوانين .

(مادة ١٠٤٥)

١ ـ لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٢ ـ واذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، الى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٨٣ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحيه للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٣٧ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مبدأ مقرر فى الفقه الاسلامى يقضى بأن التابع تابع (م ٤٧ من المجلة) .

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمي

الفرع الأول

آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

(١) بالنسبة الى الراهن .

(مادة ١٠٤٦)

١ ـ يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهـون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن .

٢ ـ ويكون باطلا اشتراط الدائن المرتهن على الراهن الا يتصرف فى العقار المرهون مادام الرهن قائما .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١/١٢٩٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ١٣٣٥ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٣٩ .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثه . ولها مقابل فى المادة ١١٣٦ من التقنين المدنى الالمانى .

وبمقتضاها اذا اشترط الدائن المرتهن على الراهن الا يتصرف فى العقار المرهون ، كان هذا الشرط باطلا . وتقول المذكرة الايضاحية المشار اليها فى هذا المعنى ان «حرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون ... لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالايتصرف فى العقار المرهون» .

ذلك أن نظام الرهن يقوم على التوفيق بين حرية المدين فى التصرف فى ماله وضمان حق الدائن . فاستبقاء حرية الراهن فى التصرف فى العقار المرهون بالرغم من رهنه يعتبر من الاسس التى يقوم عليها هذا النظام . ولا شك فى أن مصلحة الراهن فى احتفاظه بهذه الحرية ترجح مصلحة الدائن فى أن يتجنب اجراءات التطهير . ومن ثم يكون الشرط المانع للراهن من التصرف غير صحيح ، اذ لا تنهض به مصلحة مشروعه راجحة .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٩٧٨ من مرشد الحيران فيما يتعلق بالرهن الحيازى على ما يأتى : « كل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع والاجارة والهبة والصدقه ونحو ذلك اذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ولا يبطل حقه فى حبس الرهن ، الا اذا اجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه ، فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهده المرتهن ، لكن فى صورة البيع يتحول حق المرتهن الى الثمن بخلاف بدل الاجارة » . أنظر كذلك المادتين ٧٤٧ و ٧٥٦ من المجلة .

ومقتضى هذا فى الفقه الاسلامى أن يكون تصرف الراهن فى العقار المرهون موقوفا على اجازة الدائن المرتهن . وهو يخالف ما تقضى به المادة المقترحة التى تكفل للراهن حرية التصرف فى العقار المرهون دون توقف على اجازة الدائن المرتهن .

(مادة ١٠٤٧)

للراهن الحق فى ادارة العقار المرهون ، وفى قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٢٩٥ / ٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٩٨٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٣٦ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٤١ .

ونظرا الى أن الفقه الاسلامى لم يتناول الا الرهن الحيازى ، فقد جاءت أحكامه فى هذا الصدد متعلقة بمدى حق الدائن المرتهن فى ادارة المال المرهون وقبض ثماره ، وهو ما سنعرض له عند معالجة الرهن الحيازى (انظر المادة ٩٨٥ من مرشد الحيران والمادة ٧٥٠ من المجلة) .

(مادة ١٠٤٨)

١ ــ لا ينفذ الايجار الصادر من الراهن فى حق الدائن المرتهن ، الا اذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما اذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الاجرة . فلا يكون نافذا الا اذا كان من أعمال الادارة الحسنة .

٢ ــ واذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذا فى حق الدائن المرتهن الا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٥ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى .

وتقابل المادة ٩٨٥ من التقنين الكويتى .

أنظر المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٣) وتعديلها فى لجنة المراجعة ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٤٢ ــ ٤٤ .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى لان القيود الواردة فيه تهدف الى حماية مصلحة الدائن .

(مادة ١٠٤٩)

١ ــ لاتكون المخالصة بالاجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ولا الحوالة بها كذلك ، نافذة فى حق الدائن المرتهن ، الا اذا كانت ثابته التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢ ــ اما اذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فانها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، والاخفضت المدة الى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٨٦ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٤) وتعديلها فى لجنة المراجعة فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٤٦ و ٤٧ .

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى لأن القيود الواردة فيه ، كتلك التى وردت فى المادة السابقة ، تهدف الى حماية مصلحة الدائن .

(مادة ١٠٥٠)

يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شانه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٨٧ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٢٩٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٣٧ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٤٩ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٤١ من المجلة على أنه « اذا اتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن ... » وقد ورد هذا الحكم فى باب الرهن الحيازى ، وهو يصرف كذلك الى الرهن الرسمى .

(مادة ١٠٥١)

١ ــ اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو يستوفى حقه فورا .

٢ ــ فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تامين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تامينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الاجل .

٣ ــ وفى جميع الأحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب الى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا تسبب الراهن بخطاه فى هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو يستوفى حقه فورا .

٢ ـ فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تامين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تامينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الاجل. وفى الحالة الأخيرة اذالم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعدل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين .

٣ ـ وفى جميع الاحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب الى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بحذف السطر الأخير منها . وذلك جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص٥٢ و ٥٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٣٨ من التقنين الاردنى .

والفقرتان الاولى والثانية منها تطابقان المادة ٩٨٨ من التقنين الكويتى .

والفقرتان الأولى والثانية منها تقابلان المادة ١٢٩٧ من التقنين العراقى التى تتفق مع الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الصدد . فقد نصت المادة ٧٤١ من المجلة على أنه « اذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن ، وكذلك المرتهن اذا أتلفه أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته » . ونصت المادة ٧٤٢ على أنه « اذا اتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون القيمة رهنا عند المرتهن » .

(مادة ١٠٥٢)

اذا هلك العقار المرهون أو تلف لاى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض او مبلغ التامين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٤٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٩٨٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٢٩٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٣٩ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الاضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٥٤ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مبدأ مقرر فى الفقه الاسلامى يقضى بانه « اذا بطل الأصل يصار الى البدل » (م ٥٣ من المجلة) وقد نصت المادة ٧٤٢ من المجلة على تطبيق لهذا الحكم فقالت : « اذا أتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون تلك القيمة رهنا عند المرتهن » .

(٢) بالنسبة الى الدائن المرتهن .

(مادة ١٠٥٣)

اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١/٩٩١ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٠٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٤٠ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٥٩ / ٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٦٢

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الاسلامى ، فهو يحصر مسئولية الكفيل العينى فى حدود ما رهنه من ماله .

(مادة ١٠٥٤)

١ ـ للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء ان ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للاوضاع المقررة فى قانون المرافعات .

٢ ـ واذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له ان يتفادى أى اجراء موجه اليه ، اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للاوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥١ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادتين ٩٩٠ و ٩٩١ / ٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ١٢٩٩ من التقنين العراقى .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ١٣٤٢ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٦٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص٦١ و ٦٢ .

وفى الفقة الاسلامى نصت المـادة ٧٥ من المجلة على أنه « اذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من ادائه ، فالحاكم يأمره ببيع الرهن واداء الدين ، فان ابى وعاند باعه الحاكم وادى الدين » . وفى هذا المعنى أيضا : المـادتان ١٠٠٩ و ١٠١٠ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠٥٥)

لا يغلق الرهن ، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عندعدم استيفاء الدين وقت حلول أجنه ، فى أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأى ثمن كان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن .

هذه المـادة تقابل المـادة ١٠٥٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله ، فى ان يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم ايا كان ، أو فى ان يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن .

٢ ــ ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفـــاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المـادة . حيث اضيفت فى بدايتها عبارة « لا يغلق الرهن » ، مأخوذة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتعنى ان الرهن لا يملك بالدين . واستبدلت عبـارة « فى ان يتملك العقار المرهون بالدين أو بأى ثمن كان » بعبارة« فى ان يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم ايا كان » .

وحذفت الفقرة الثانية . وقد قالت المذكرة الايضاحية فى شأنهـا أنه «اذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينه من الأمر ، فيجوز الاتفـاق حينئذ على ان ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين اكبر أو أقل من الدين ، أو على ان يباع العقــار بالممارسة لا بالمزاد العلنى » . ولكن شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن قد تظل قائمة رغم حلول أجل الدين اذا لم يكن لدى الراهن مال آخر غير العقار المرهون . ولذلك رؤى حذف الفقرة المذكورة وترك الأمر للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٣٠١ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٩٩٢ من التقنين الكويتى .

والشطر الأول منها يتفق مع المـادة ١٣٤٣ من التقنين الأردنى .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٦١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٦١ و٦٢ .

ويتفق الحكم الأساسى فى المادة المقترحة ، وهو الوارد فى الشطر الأول منها ، مع أحكام الفقه الاسلامى : فقد نصت المـادة ٨٥٨ من مرشد الحيران على أنه « لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن فى مقابلة دينه أن لم يؤده الراهن فى الاجل المعين لآدائه ،بل يصح الرهن ويبطل الشرط » .

ومصدر هذا الحكم ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من أنه قال :«لا يغلق الرهن ، هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمة» . وقد جاء فى البدائع (ج ٨ ص ٣٧٢٩ ، الناشر زكريا على يوسف مطبعة الامام بالقلعة أن معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين . كذا قاله أهل اللغة : غلق الرهن أى ملك بالدين ، وهذا كان حكما جاهليا فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وجاء فى المغنى لابن قدامه (ج ٤ ص ٤٣٠) فى خصوص الشروط الفاسدة فى عقد الرهن : وان شرط أنه متى حل الحق ولم يوفنى فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك فهو شرط فاسد روى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعى ومالك والثورى والشافعى واصحاب الرأى .. والأصل فى ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم .. ولنا أنه رهن بشرط فاسد .

الفرع الثـانى

آثار الرهن بالنسبة الى الغير

(مادة ١٠٥٦)

١ ــ لا يكون الرهن نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للراهن قبل أن يكسب هـذا الغير حقـا عينيـا على العقار وذلك دون اخلال بالاحكام المقررة فى الافلاس .

٢ ــ ولا يصح التمسك قبل الغير بحوالة حق مضمون برهن مفيد، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الـدائن فى هـذا الحق بحكم القانون او الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالنزول عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر ، الا اذا حصل التاشير بذلك فى هامش القيد الأصلى .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٣ من التقنين الحالى ، مع تعـديـل لفظى فى الفقرة الثانية ، وذلك باحلال عبارة « بحوالة حق مضمون برهن مقيد » محل عبارة « بتحويل حق مضمون بقيد » ،واحلال كلمة « بالنزول » محل كلمة « بالتنازل » .

وتطابق المـادة ٩٩٣ من التقنين الكويتى ، مع بعض الاختلاف اللفظى وتتفق مع المـادتين ١٣٤٥ و ١٣٤٧ من التقنين الأردنى .

واحكام المادة المقترحة يقبلها الفقه الاسلامي لانها تهدف الى تامين الحقوق ورعاية المصلحة ودفع الضرر · فمن المبادىء المقررة فيه الا ضرر ولاضرار (م ١٩ من المجلة) ، وأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) ·

(مادة ١٠٥٧)

تتبع فى اجراء القيد وتجديده ومحوه والغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى أو قانون السجل العينى ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٤ من التقنين الحالى ، مع أضافة عبارة «أو قانون السجل العينى» ، وذلك لكى تتبع أحكامه حين يصبح نافذا ·

والسند الشرعى لها ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ·

(مادة ١٠٥٨)

مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٥ من التقنين الحالى ·

وتطابق المادة ٩٩٩ من التقنين الكويتى ·

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٧٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٧٨ ·

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان مصروفات الدين تكون على المدين، اذ ان الراهن يكون فى اغلب الأحوال هو المدين ·

(ا) حق التقدم

(مادة ١٠٥٩)

يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٦ من التقنين الحالى ·

وتطابق المادة ١٣٠٤ من التقنين العراقى ·

وتطابق المادة ١٠٠٠ من التقنين الكويتى ·

وتتفق مع المادة ١٣٤٨ / ١ من التقنين الاردنى

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٨٨ و ٨٩

والمبدأ الشرعى العام الذى تستند اليه أحكام المادة المقترحة هو تامين التعامل وتحقيق المساواه بين الدائنين·وتنهض بهذا المبدأ نصوص شرعية عديدة · فقد نصت المادة ٥٨ من المجلة على أن « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » · ونصت المادة ٥٣ من المجلة على أنه « اذا بطل الأصل يصار الى البدل » · ونصت المادة ٧٥٧ من المجلة على أنه « اذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من ادائه ، فالحاكم يامره ببيع الرهن واداء الدين ، فأن أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين » (وفى هذا المعنى أيضا : المادتـان ١٠٠٩ و ١٠١٠ من مرشد الحيران) ·

(مادة ١٠٦٠)

تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أوكان دينا مستقبلا أو احتماليا ·

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٧ من التقنين الحالى ·

وتطابق المادة ١٠٠١ من التقنين الكويتى ·

وتتفق مع المادة ١٣٥٠ من التقنين الأردنى ·

أنظر فيما يتعلق بالسند الشرعى للمادة المقترحة ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ·

(مادة ١٠٦١)

يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد فى التوزيع ، وفى مرتبة الرهن ذاتها ·

هذه المادة تقابل المادة ١٠٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

«١ ـ يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد ادخالا ضمنيا فى التوزيع ، وفى مرتبة الرهن نفسها ·

٢ ـ واذا ذكر سعر الفائدة فى العقد ، فانه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ الى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقت اجرائها · واذا سجل أحد الدائنين تنبية نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل » ·

وقد ادخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى من هذه المادة ·

وحذفت الفقرة الثانية ، جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا ·

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٧٩ / ١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٨٨ و ٨٩ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٠٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٥١ من التقنين الأردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن مصروفات العقد والقيد والتجديد تعتبر من ملحقات الدين المضمون بالرهن . والقاعدة أن « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) .

(مادة ١٠٦٢)

للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه ، فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على العقار ذاته . ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول اذا كان هذا الانقضاء لاحقا للنزول عن المرتبة .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف .

وتطابق المادة ١٠٠٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٤٩ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٩١ .

والمبدأ الشرعى الذى تستند اليه المادة المقترحة هو تأمين التعامل وتحقيق المساواة بين الدائنين . وقد نصت المادة ٥٨ من المجلة على أن « التصرف على الرعيه منوط بالمصلحة » .

(٢) حق التتبع

(مادة ١٠٦٣)

١ - يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه .

٢ - ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه ، بأى سبب من الأسباب غير الميراث ، ملكية هذا العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦٠ من التقنين الحالى ، مع أضافة عبارة « غير الميراث » فى الفقرة الثانية بعد عبارة« بأى سبب من الأسباب » .

وسبب هذه الاضافة أن الوارث ، شأنه شأن المورث ، يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، ولكن فى حدود ما آل اليه من أموال التركة . وليس صحيحا ما يقوله المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٣) من أن « المبدأ القاضى بالا تركة الا بعد سداد الدين من شأنه الا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل اليه (الوارث) من المورث الا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن ، فلا محل اذا لأن يكون حائزا لعقار مرهون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص٩٤ و ٩٥) . ذلك أن المبدأ القاضى بالا تركة الى بعد سداد الدين يعنى أن أموال التركة لا تخلص للورثة خلوصا تاما الا بعد سداد الدين ، فهذه الأموال تنتقل ملكيتها الى الورثة فور موت المورث محملة بديون التركة ، ومن ثم يكون الوارث مسئولا مسئولية شخصية عن دين التركة فى حدود ما آل اليه من هذه الأموال ، ومن أجل هذا لا يعتبر حائزا . ويخلص من هذا أن عدم أعتبار الوارث حائزا لا يرجع الى أنه لا يتملك العقار المرهون الا بعد سداد الدين ، بل يرجع الى أنه مسئول مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

وقد نصت المادة ٢٠٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أن « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » . وجاء فى مذكرة هذه المادة ما يأتى : والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الارث ، لانه ليس فى الارث المقيد للملك أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن ، وذلك لا يمنع الملك فى المرهون .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٠٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٠٦ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٣٥٢ - ١٣٥٤ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى : أنظر المادة ٧٥٧ من المجلة وقد تقدم ذكرها وانظر كذلك المادتين ١٠٠٩ و ١٠١٠ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠٦٤)

يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الاجراءات من وقت انذاره بدفع الدين ، ويبقى حقه هذا قائما الى يوم رسو المزاد . ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى من تلقى منه الحق ، كما يكون له ان يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، الا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦١ من التقنين الحالى ، مع ادخال تعديلات لفظية ، حيث أضيفت عبارة « بدفع الدين» بعد كلمة «انذاره» . واستبدلت عبارة « وعلى من تلقى منه الحق » بعبارة « وعلى المالك السابق للعقار المرهون » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٠٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٠٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٥٥ من التقنين الأردني .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٠١ و ١٠٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن أحكامها تهدف الى تأمين التعامل وحماية مصلحة الحائز الذى قدم عونا للمدين . وقد نصت المادة ٧٥٧ من المجلة على أنه « اذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من ادائه ، فالحاكم يأمره ببيع الرهن واداء الدين ، فان أبى وعاند باعه الحاكم وادى الدين » . ومن ثم يكون للحائز أن يقضى الدين لكى يتلافى بيع الرهن . وقد نصت المادة ٥٨ من المجلة على أن « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » .

(مادة ١٠٦٥)

يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وان يجدده عند الاقتضاء ، وذلك الى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٠٧ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٠١ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يهدف الى حماية مصلحة الحائز . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١٠٦٦)

١ - اذا كان فى ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الاداء يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيده حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه ، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل .

٢ - فاذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الاداء ، أو كان اقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايرا لها ، جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بالوفاء بما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الوفاء طبقا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يفى بمقتضاها ، وفى الأجل المتفق على الوفاء فيه .

٣ - وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن اذا أوفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من قيود .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦٣ من التقنين الحالى ، مع تعديلات لفظية .

وتطابق المادة ١٠٠٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٠٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن احكامها تهدف الى حماية مصلحة الدائنين مع المحافظة فى الوقت ذاته على مصلحة الحائز . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١٠٦٧)

١ - يجوز للحائز أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل أن يكسب حقه على هذا العقار .

٢ - وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه الى المدين ، أو الانذار الى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم ايداع قائمة شروط البيع .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للحائز ، اذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند .

٢ - وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه الى المدين ، أو الانذار الى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم ايداع قائمة شروط البيع » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بالنص على ان تكون الرهون التى يطهر الحائز العقار منها قد تم قيدها قبل أن يكسب هذا الحائز حقه على العقار ، بدلا من النص على أن تكون هذه الرهون قد تم قيدها قبل تسجيل سند الحائز . وذلك لكى يشمل النص جميع الأسباب التى يكسب بها الحائز حقه على العقار بما فيها كسب الحق بمقتضى الحيازة فى حالة عدم سماع الدعوى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص١١٧ و ١١٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/١٣٠٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٥٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٠٠٩ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى يقبل حكم المادة المقترحة ، لانه يتيح للحائز ان يختار تطهير العقار من الرهون اذا قدر ان ذلك فى مصلحته . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١٠٦٨)

١ ـ اذا اراد الحائز تطهير العقار ، وجب عليه ان يوجه الى كل من الدائنين المقيدة حقوقهم ، فى موطنه المختار المذكور فى القيد ، اعلانا يشتمل على البيانات الآتية :

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف الصادر اليه ، وتاريخه ، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ، وتعيين العقار ومحله تعيينا كافيا . واذا كان التصرف بيعا يذكر كذلك الثمن ، وما عسى ان يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

(ب) تاريخ كسب الحائز حقه على العقار ، ورقم التسجيل ان كان سنده مسجلا .

(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف الصادر اليه بيعا . ويجب الا يقل هذا المبلغ عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا . واذا كانت اجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل ان يكسب الحائز حقه تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، واسماء الدائنين .

٢ ـ وعلى الحائز ان يذكر فى الاعلان ذاته انه مستعد ان يوفى فى الحال الديون الى القدر الذى قوم به العقار ، ايا كان ميعاد استحقاقها .

هذه المادة تقابل المادتين ١٠٦٥ و ١٠٦٦ من التقنين الحالى .

فالمادة ١٠٦٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« اذا اراد الحائز تطهير العقار ، وجب عليه ان يوجه الى الدائنين المقيدة حقوقهم ، فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد ، اعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف ، وتاريخه ، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ، ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة . واذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن ، وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ، ورقم هذا التسجيل .

(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف بيعا . ويجب الا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من الثمن اذا كان التصرف بيعا . واذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين » .

والمادة ١٠٦٦ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « يجب على الحائز أن يذكر فى الاعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة الى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا ، بل ينحصر العرض فى اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال ، أيا كان ميعاد الديون المقيدة » .

وقد ادمجت هاتان المادتان فى مادة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

وادخلت تعديلات لفظية ، اما باستبدال تعبير بآخر أو بحذف تعبير لالزوم له .

وعدل البند (ب) بالنص على تاريخ كسب الحائز حقه على العقار ورقم التسجيل ان كان سنده مسجلا ، بدلا من النص على تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل . وذلك لكى يشمل النص جميع الأسباب التى يكسب بها الحائز حقه على العقار بما فيها كسب الحق بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٨٨ و ١٤٨٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ١١٨ و ١١٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٠٨ / ٢ و ٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٥٦ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادتين ١٠١٠ و ١٠١١ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن ماتقضى به هو من قبيل الأحكام التنظيمية التى تتعلق بتطهير العقار حينما يريده الحائز مقدرا أنه فى مصلحته . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١٠٦٩)

يجوز لكل دائن قيد حقه ، ولكل كفيل لحق مقيد ، ان يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك فى مدى ثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى ، يضاف اليها مواعيد المسافة بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار ، على الا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى .

٢ ـ ويكون الطلب باعلان يوجه الى الحائز والى المالك السابق ، ويوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلا خاصا . ويجب ان يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ،

ولايجوز أن يسترد ما استغرق منه فى المصروفات اذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز،ويكون الطلب باطلا اذا لم يستوف هذه الشروط .

٣ ـ ولايجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه ، الا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء .

هذه المادة تطابق المادتين ١٠٦٧ و ١٠٦٨ من التقنين الحالى ، حيث رؤى الجمع بينهما فى المادة المقترحة ، نظرا لارتباطهما .

وتطابق المادة ١٠١٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٠٩ من التقنين العراقى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين المقابلتين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٠ و ١٤٩١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٧ ص ١١٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الغاية منها حماية مصلحة الدائنين والكفلاء اذا قدروا أن تطهير العقار ليس فى مصلحتهم . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١٠٧٠)

١ ـ اذا طلب أحد المذكورين فى المادة السابقة بيع العقار ، وجب اتباع الاجراءات المقررة فى البيوع الجبرية . ويتم البيع بناء على طلب احدهم أو بناء على طلب الحائز . ويعتبر المبلغ الذى عرضه الحائز قيمة للعقار هو الثمن الأساسى الذى يجب ذكره فى قائمة شروط البيع واعلاناته .

٣ ـ ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد الى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك الى جانب التزامه بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى:

« ١ ـ اذا طلب بيع العقار ، وجب اتباع الاجراءات المقررة فى البيوع الجبرية . ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل ، من طالب أو حائز ، وعلى من يباشر الاجراءات أن يذكر فى اعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار .

٢ ـ ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد الى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك الى جانب التزامه بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة بما يتسق مع أحكام قانون المرافعات .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص١١٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣١٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠١٣ من التقنين الكويتى التى تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٩ من التقنين المصرى الحالى .

وأحكام المادة المقترحة لاتتعارض مع أحكام الفقه الاسلامى . فهى تتضمن اجراءات تنظيمية تتبع فى حالة بيع العقار المرهون ، كما تحدد الالتزامات التى تقع على من يرسو عليه المزاد .

(مادة ١٠٧١)

اذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض فى المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز ، استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد ، اذا هو وفى المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو اذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٧٠ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة ، استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد اذا هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو اذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظى .

وعدلت باضافة مايفيد سريان حكمها أيضا اذا « طلب البيع ولكن لم يعرض فى المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز » . وقد كانت المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى (م ١٤٩٣) تتضمن هذه العبارة ، ولكن حذفتها لجنة المراجعة مع أهميتها .

أنظر المادة ١٤٩٣ من المشروع التمهيدى ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١١٩ و ١٢٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣١١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠١٤ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة لاتتعارض مع أحكام الفقه الاسلامى . فحكمها نتيجة طبيعية للاجراءات التنظيمية التى تقدمت الاشارة اليها .

(مادة ١٠٧٢)

١ ـ تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة • ويجب عليه ان يطلب التاشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها •

٢ ـ ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب الى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية • ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك •

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧١ من التقنين الحالى •

وتتفق مع المادة ١٠١٥ من التقنين الكويتى •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ١٢٢ •

ولايتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى • فهو يتضمن احدى الخيارات المتاحة للحائز ، وهو تخلية العقار ، ويبين الاجراءات التى تتبع فى هذه الحالة •

(مادة ١٠٧٣)

اذا لم يختر الحائز ان يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار • ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد • ويجب أن يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه الى الحائز •

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧٢ من التقنين الحالى ، مع اضافة العبارة الأخيرة فيها ، تمشيا مع أحكام قانون المرافعات •

وتتفق مع المادة ١٠١٦ من التقنين الكويتى ، فيما عدا العبارة الأخيرة المضافة •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٢٧ •

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها من قبيل الاجراءات التنظيمية التى تتبع فى حالة سكوت الحائز عن الخيارات المتاحة له •

(مادة ١٠٧٤)

١ ـ يجوز للحائز • اذا لم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، اذا كان الحكم بالدين لاحقا لكسب الحائز حقه •

٢ ـ ويجوز للحائز ، فى جميع الأحوال ، أن يتمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها •

هذه المادة تقابل المادة ١٠٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، اذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز •

٢ ـ ويجوز للحائز ، فى جميع الأحوال ، أن يتمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها » •

وقد أدخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى • واستبدلت عبارة « اذا كان الحكم بالدين لاحقا لكسب الحائز حقه » بعبارة « اذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز » • وذلك لكى تشمل العبارة المختارة جميع الحالات التى يكسب فيها الحائز حقه قبل الحكم بالدين على المدين ولم يكن طرفا فى الدعوى ، سواء كان هذا الكسب بمقتضى سند مسجل أو بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى •

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٤٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ص١٢٧ و ١٢٨ •

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٠٥ من التقنين الكويتى •

وتقابل المادة ١٣٦٢ من التقنين الاردنى •

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حكمها يراد به المحافظة على حقوق الحائز •

(مادة ١٠٧٥)

١ ـ يحق للحائز أن يدخل فى المزاد ، بشرط الا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه •

٢ ـ فاذا رسا المزاد على الحائز ، اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد اذا أوفى الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة •

٣ ـ أما اذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فان هذا الشخص يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم رسو المزاد • ويعود للحائز ماكان له ، قبل انتقال ملكية العقار اليه ، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى •

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ١٠٧٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى طفيف .

والفقرة الثانية من هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « اذا نزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ اجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد اذا دفع الحائز الثمن الذى رسا بـه المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » . وقد عدلت صياغة هـذا النص على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والفقرة الثالثة من هذه المادة تتفق مع المادتين ١٠٧٦ و ١٠٧٨ من التقنين الحالى . فالمادة ١٠٧٦ تنص على ماياتى : « اذا رسا المزاد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز ، فان هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى مرسى المزاد » . وقد عدلت صياغة هذا النص فى الفقرة المذكورة بما يتفق مع صياغة المادة المقترحة . والمادة ١٠٧٨ تنص على ماياتى : « يعود للحائز ماكان له ، قبل انتقال ملكية العقار اليه ، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى » . فهى تطابق الشطر الأخير من الفقرة المذكورة .

حيث رؤى ادماج هذه المواد جميعها فى المادة المقترحة ، نظرا لما بينها من ارتباط .

انظر المذكرة الايضاحية للمواد المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٧ و ١٤٩٨ و ١٥٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ١٤١ و ١٤٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣١٣ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادتين ١٣٥٨ و ١٣٥٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المواد ١٠١٧ و ١٠١٨ و ١٠١٩ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها انها تتكفل ببيان حقوق ذوى الشأن عند بيع العقار المرهون بالمزاد ، تأمينا للتعامل وحفاظا على هذه الحقوق .

(مادة ١٠٧٦)

اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ماهو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز ، وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٢٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣١٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٦١ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٤٩٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٤١ و ١٤٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أنها تتكفل ببيان حقوق الحائز والدائنين عند رسو المزاد بثمن يزيد عما هو مستحق للدائنين .

(مادة ١٠٧٧)

الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئة .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٨١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٢٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن الهدف من حكمها هو المحافظة على حقوق الدائنين ، وهو ما يوليه الفقه الاسلامى أهمية خاصة .

(مادة ١٠٧٨)

١ - يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا .

٢ - ويرجع الحائز ايضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته ، ايا كان السبب فى دفع هذه الزيادة. ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تامينات قدمها المدين ، دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٨٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٣٦٣ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٢٢ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٠٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٤٢ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة انها تحافظ على حقوق الحائز حين يخرج العقار من ملكه الى يد من رسا عليه المزاد .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

(مادة ١٠٧٩)

ينقضى الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٨٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « الرهن » فى نهايتها بكلمة « الحق » توضيحا لما هو مقصود .

وتطابق المادة ١٠٢٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣١٥/١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٦٤ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٠٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص١٤٨ و ١٤٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الرهن تابع للدين المضمون . والقاعدة الشرعية ان « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) . وكذلك المحافظة على حقوق الدائنين الذين ترتبت لهم حقوق عينية تبعية كرهن ثان مثلا فى الفترة مابين انقضاء الرهن وعودته .

(مادة ١٠٨٠)

اذا تمت اجراءات التطهير انقضى الرهن الرسمى نهائيا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٨٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٢٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ١٥٠ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن ماتقضى به يهدف الى تأمين التعامل واستقرار الأوضاع بعد تطهير العقار المرهون .

(مادة ١٠٨١)

اذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى ، سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم اليه العقار عند التخلية ، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بشهر حكم رسو المزاد أو التأشير به وايداع الثمن الذى رسا به المزاد أو دفعه الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٨٤ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « اذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى ، سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم اليه العقار عند التخلية ، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بايداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعة الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » .

وقد عدل هذا النص بما يفيد أن حقوق الرهن على العقار تنقضى بشهر حكم رسو المزاد أو التأشير به وايداع الثمن الذى رسا به المزاد أو دفعة الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . وذلك كى يكون الحكم متسقا مع مايقضى به قانون المرافعات .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣١٦ / ٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٢٦ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى لها أن ماتقضى به يهدف الى تامين التعامل واستقرار أوضاعه بعد بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى .

(مادة ١٠٨٢)

ينقضى الرهن الرسمى بنزول الدائن المرتهن عنه اذا توافرت فيه أهلية ابراء ذمة المدين من الدين .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ١٥٠٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى صراحة أو ضمنا . وفى كل حال لايجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن اذا لم تتوافر فيه الأهلية فى ابراء ذمة المدين من الدين » .

ذلك ان حق الرهن الرسمى ليس من النظام العام ، فيجوز للدائن المرتهن أن ينزل عنه فينقضى الرهن بهذا النزول . وانقضاء الرهن فى هذه الحالة يكون بصفة أصلية ، فيبقى الدين قائما . وهذا النزول ارادة منفردة ، فلا يشترط فيه قبول الراهن ، ولايجوز الرجوع فيه . وهو من أعمال التبرع ، ومن شأنه أن يعرض الدين للخطر ، ولذلك يجب أن تتوافر فى الدائن أهلية ابراء ذمة المدين من الدين .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣١٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٦٨ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى لها أن حق الرهن هو حق الدائن ، فهو يملك النزول عنه .

(مادة ١٠٨٣)

١ - ينقضى الرهن الرسمى باتحاد الذمة اذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى الدائن المرتهن أو انتقل حق الرهن الى مالك العقار المرهون.

٢ - ويعود الرهن اذا زال سبب انتقال الحق وكان لزواله أثر رجعى .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ١٥٠٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على مايأتى : «١ - ينقضى الرهن اذا انتقلت الى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون . أو انتقل الى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمى .

٢ - ويعود الرهن الرسمى اذا زال سبب انتقال الحق وكان لزواله أثر رجعى » .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالى ج٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣١٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٦٧ من التقنين الاردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن اتحاد الذمة مانع طبيعى لبقاء الرهن .

(مادة ١٠٨٤)

١ ـ ينقضى الرهن الرسمى بهلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون ، وتراعى أحكام المادتين ١٠٥١ و ١٠٥٢ .

٢ ـ ومع ذلك ، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن ينزل عن حقه اذا كان مثقلا برهن ، اضرارا بالدائن المرتهن .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ١٥٠٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ ـ اذا هلك العقار أو انقضى الحق المرهون ، فان الرهن الرسمى ينقضى وتراعى أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ .

٢ ـ ومع ذلك ، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه اذا كان مثقلا برهن ، اضرارا بالدائن المرتهن » .

أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالى ج ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٦٩ من التقنين الأردنى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون سبب طبيعى لانقضاء الرهن ، وأن بقاء الرهن على حق الانتفاع رغم النزول عن هذا الحق أريد به المحافظة على مصلحة الدائن .

(مادة ١٠٨٥)

١ ـ لا ينقضى حق الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون .

٢ ـ ومع ذلك ، اذا انتقل العقار المرهون الى حائز ، فلا تسمع عليه دعوى الرهن ، اذا تركها الدائن المرتهن بغير عذر مدة خمس عشرة سنة . وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو بالتخلية .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تقابل المادة ١٥١٠ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون .

٢ ـ ومع ذلك ، اذا انتقل العقار المرهون الى حائز ، فان حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم ، اذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو بالتخلية » .

أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة فى مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالى ج ٧ ص ١٤٧ و ١٤٨ فى الهامش .

وقد أخذ المشروع فى النص المقترح بنظام عدم سماع الدعوى ، جريا على خطته فيما يتعلق بالتقادم . والتقادم هنا مسقط لحق الرهن . ويكفى فيه ترك الدعوى بغير عذر مدة خمس عشرة سنة . فهو يختلف عن التقادم المكسب الذى تقوم فيه الحيازة دليلا على الحق المحاز . وقد جعلت المدة فيه خمس عشرة سنة ، رغم أنه يثقل الملكية بعبء يحسن التخلص منه ، نظرا الى أن الدين المضمون يتقادم وفقا للقاعدة العامة بخمس عشرة سنة . فحق الرهن ليس مستقلا بذاته على غرار حق الانتفاع وحق الارتفاق ، وانما هو حق تابع للدين المضمون ، فوجب أن يتفق مع هذا الدين فيما يتعلق بمدة التقادم . أما حق الانتفاع وحق الارتفاق ، فكل منهما يقوم مستقلا بذاته ، ومن هذا أمكن أن تكون مدة التقادم بالنسبة الى أى منهما خمس سنوات .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣١٩ من التقنين العراقى . وتتفق مع المادة ١٣٧٠ من التقنين الأردنى .

والسند الشرعى للفقرة الأولى من المادة المقترحة ان حق الرهن تابع للدين ، فلا ينقضى بالتقادم مستقلا عن هذا الدين . اذ القاعدة ان « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) .

وما تقضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتسق مع ما يراه فريق من الفقه الاسلامى من ان الحيازة تسقط الملك ، وفى هذا يقول الحطاب : « وقال مالك فيمن له شىء ، ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فان ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب » (شرح الحطاب على مختصر خليل ج٦ ص ٢٢٩) .

الباب الثانى

حق الاختصاص

(مادة ١٠٨٦)

١ ـ لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون تقرير حق اختصاص على عقار للمدين .

٢ ـ وتظل حقوق الاختصاص القائمة وقت العمل بهذا القانون خاضعة للاحكام السارية فى شأنها .

المذكرة الايضاحية للمادة ١٠٨٦

هذه المادة مستحدثة .

فقد رؤى الغاء النصوص المتعلقة بحق الاختصاص فى التقنين الحالى كما سبق القول . وذلك استجابة للاتجاه السائد فى الفقه المعاصر الذى يرى وجوب الحد من نظم التأمينات القضائية . ويرجع ذلك الى عيبين أساسيين يشوبان حق الاختصاص : الأول أنه يتقرر بامر من القاضى بناء على رغبة من الدائن دون أن يرتضيه المدين باتفاق بينه وبين الدائن، مع ان مرجع الأولوية بين الدائنين يجب أن يكون الى الاتفاق أو القانون . والثانى ان تقرير الافضلية للدائن لمجرد السبق فى الحصول على حكم

لاينهض سببا معقولا للاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين ، بل انه يؤدى الى تسابق الدائنين فى الحصول على حكم بالدين ، مما يترتب عليه زيادة فى المصروفات .

واقتضى هذا أن ينص فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة على أنه من وقت العمل بهذا القانون لايجوز تقرير حق اختصاص على عقار للمدين . أما حقوق الاختصاص القائمة فى ظل التقنين الحالى ، فانها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، تظل خاضعة لأحكام هذا التقنين .

وهذا الموقف الذى اتخذه المشروع يتفق مع موقف التقنين العراقى والتقنين الاردنى والتقنين الكويتى .

الباب الثالث

الرهن الحيازى

(مادة ١٠٨٧)

حق الرهن الحيازى حق عينى يتقرر للدائن بمقتضى عقد على منقول مخصص لوفاء دينه ، يسلم اليه أو الى عدل يعينه المتعاقدان ، فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك المنقول فى أى يد يكون .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، ان يسلم الى الدائن أو الى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى أى يد يكون » .

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازى يطلق على العقد الذى يترتب به للدائن حق عينى على شىء مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضا على هذا الحق العينى الذى ترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه .

ولكن الأولى أن ينصب التعريف على الرهن الحيازى باعتباره حقا عينيا ، وهو ما راعاه المشروع فى المادة المقترحة .

كذلك عدل النص باستبدال كلمة « منقول » بكلمة « شىء » ، وذلك لان الرهن الحيازى فى المشروع أصبح قاصرا على المنقول دون العقار . واستبدلت كلمة « عدل » بكلمة « أجنبى » لان الكلمة المختارة هى التى يستعملها الفقه الاسلامى ، وتبعه فى ذلك فقه القانون الوضعى . واستبدلت عبارة « فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك المنقول » بعبارة « فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء » ، حيث يستوفى الدائن المرتهن دينه اما من ثمن المنقول أو من المال الذى حل محل المنقول ، فهو فى الحالين يستوفى دينه من المقابل النقدى للمنقول .

أنظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٣ .

والمادة المقترحة تقابل المواد ١٣٢١ - ١٣٢٣ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٣٧٢ و ١٣٧٥ و ١٣٧٦ و ١٣٧٨ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٢٧ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى عرفت المادة ٧٠١ من المجلة الرهن فقالت : « الرهن حبس مال وتوقيفه فى مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه ، ويسمى ذلك المال مرهونا ورهنا » . وعرفته المادة ٩٥٣ من مرشد الحيران فقالت : « عقد الرهن هو جعل شىء مالى محبوسا فى يد المرتهن أو فى يد عدل بحق مالى يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضا » . وعرفته المادة ٥١٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه فقالت : « الرهن حبس شىء مالى بحق يمكن استيفاؤه منه » (مجمع الأنهر ج٢ ص٥٨٤ . ابن عابدين ج٢ ص٤٢٢) .

وعرفته المادة ١٦٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى فقالت : « الرهن جعل عين مالية من الراهن وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفاء الراهن » (الجلال المحلى ج ٢ص ٢٦١ . نهاية المحتاج ج٤ ص٢٢٩ . مغنى المحتاج ج٢ ص١١٤) .

وعرفته المادة ١٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك فقالت : « الرهن شىء متمول يؤخذ للتوثق به فى دين ثابت فى ذمة الراهن عند عقد الرهن أو يتوقع ثبوته فيها » (الشرح الصغير وحاشيته ج٢ص ١٢٠ و ١٢٣) .

وعرفته المادة ١٦٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل فقالت : « الرهن توثقه دين بعين يمكن استيفاؤه أو بعضه منها أو من ثمنها » .

وقد أجمعوا على جوازه لقوله تعالى : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضه » . وحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهن درعه .

والرهن الحيازى فى التقنين الحالى وفى المشروع عقد رضائى ، يكون التسليم فيه التزاما يقع على عاتق الراهن ، ولا تجب فيه حيازة الدائن للشىء المرهون الا لكى يكون الرهن نافذا فى حق الغير . ويتفق هذا مع المذهب المالكى . فقد نصت المادة ١٢٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يلزم عقد الرهن بمجرد الايجاب والقبول ، ويجب على الراهن تسليم الرهن للمرتهن اذا طلبه منه . ويختص المرتهن به دون غيره من غرماء الراهن بحيازته له قبل أن يحصل للراهن مانع من موانع التصرف المالى . أما قبل حيازته للرهن ، فيكون كواحد منهم فى المحاصة فيه بدينه » . وجاء فى ايضاح هذه المادة أنه « قد علم من النص أن حيازة الرهن بالفعل عند العقد ليست شرطا فى صحته ولافى لزومه ، وانما هى شرط فى اختصاص المرتهن بالرهن دون غيره من غرماء الراهن » .

أما فى المذاهب الاخرى فعقد الرهن لا يلزم الا بالقبض ، ويكون للراهن الرجوع فيه قبل القبض . فقد نصت المادة ٧٠٦ من المجلة على ما يأتى : « ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، لكن مالم يوجد القبض لايتم ولا يلزم ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل

التسليم » • ونصت المادة ٩٥٦ من مرشد الحيران على أنه « يشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضا تاما • وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف فى العين المرهونة »• ونصت المادة ٥١٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على ما يأتى : « ينعقد الرهن بالايجاب والقبول ، ولا يلزم الا بالقبض » (مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٨٤ و ٥٨٥) • ونصت المادة ١٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « لا يلزم الرهن الا بتقابض صحيح » (الجلال المحلى ج ٢ ص ٢٦٨ • مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٠ و ١٢١ • نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٤٨ و ٢٤٩) • ونصت المادة ١٧٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « يلزم الرهن فى حق الراهن وحده بقبض المرتهن له باذن الراهن » •

وقد جاء فى بداية المجتهد (ج٢ ص ٢٣٠) : شروط الصحة فى الرهن شرطان ، احدهما متفق عليه بالجملة ويختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض ، والثانى مختلف فى اشتراطه • فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى :«فرهان مقبوضة » ، واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ، وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ، ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت • فذهب مالك الى أنه من شروط التمام • وذهب أبو حنيفه والشافعى وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة • وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول • وعمدة الغير قوله تعالى : « فرهان مقبوضة » •

وجاء فى البدائع (ج ٨ ص ٢٧٢١ ، مطبعة الامام بالقلعة) : ولو تعاقدا على أن يكون الرهن فى يد صاحبه لا يجوز الرهن ، حتى لو هلك فى يده لا يسقط الدين • وجاء فى المهذب (ج ١ ص ٣٠٥) : فاما من جهة الراهن فلا يلزم الا بقبض ، والدليل عليه قوله عز وجل : « فرهان مقبوضة » •

(مادة ١٠٨٨)

١ ـ لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون انشاء رهن حيازى على عقار •

٢ ـ وتظل الرهون الحيازية العقارية القائمة وقت العمل بهذا القانون خاضعة للاحكام السارية فى شانها •

هذه المادة مستحدثه •

وبمقتضاها لايجوز من وقت العمل بهذا القانون انشاء رهن حيازى على عقار • حيث أصبح الرهن الحيازى قاصرا على المنقول ، للأسباب التى تقدم ذكرها فى النظرة العامة •

أما الرهون الحيازية العقارية القائمة وقت العمل بهذا القانون ، فتظل صحيحة وتكون خاضعة لأحكام التقنين الحالى •

الفصل الأول

انشاء الرهن الحيازى

(مادة ١٠٨٩)

١ ـ يجب ان يكون المنقول المرهون مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى • واذا كان المرهون دينا ، وجب ان يكون قابلا للحوالة والحجز •

٢ ـ ويشمل الرهن ملحقات المنقول المرهون •

هذه المادة تقابل المواد الآتية فى التقنين الحالى :

المادة ١٠٩٧ ، وهى تنص على ما يأتى : « لا يكون محلا للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار » •

المادة ١١٢٥ ، وهى تنص على ما يأتى : « اذا كان الدين غير قابل للحوالة او الحجز ، فلا يجوز رهنه » •

المادة ١٠٣٦ ، وهى تنص على ماياتى : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون ٠٠ » • وقد وردت هذه المادة فى الرهن الرسمى ، ويسرى حكمها كذلك على الرهن الحيازى •

انظر المذكرات الايضاحية للمواد المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٢ و ١٥٦٦ و ١٥٣٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٧ و ٢٧١ •

والمادة المقترحة تقابل المواد ١٣٢٨ و ١٣٣٠ و ١٣٥٥ مكررة من التقنين العراقى •

وتقابل المواد ١٣٧٣ و ١٣٨٣ و ١٤١٢ من التقنين الأردنى •

وتقابل المواد ١٠٢٨ و ١٠٣١ و ١٠٥٦ من التقنين الكويتى •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٠٩ من المجلة على أنه « يشترط ان يكون المرهون صالحا للبيع ، فيلزم أن يكون موجودا ومالامتقوما مقدور التسليم وقت الرهن » • وفى هذا المعنى أيضا : المادة ٥٥٤ من مرشد الحيران •

ونصت المادة ١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « يلزم لصحة الرهن أنيكون المرهون عينا ولو مشاعا ، وان يكون المرهون به دينا ثابتا لازما معلوما لهما » • وجاء فى مذكرة هذه المادة : لزم ان يكون المرهون عينا يصح بيعها فى الأصح ، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه ، لأنه غير مقدور على تسليمه • والثانى يصح رهنه تنزيلا له منزلة العين • ولايصح رهن منفعة جزما ، كأن يرهن سكنى داره مدة ، لان المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ولايصح رهن عين لايصح بيعها كوقف •

ونصت المادة ١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على ان « الاعيان التى يصح بيعها يصح رهنها ، وكذا الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع الأخضر بدون شرط القطع فى الحال » •

وجاء فى المغنى (ج ٤ص ٣٧٥) : وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن .

وجاء فى المهذب (ج ١ص ٣٠٩) : وفى رهن الدين وجهان ،احدهما يجوز لانه يجوز بيعه ، وكل ماجاز بيعه جاز رهنه كالعين .والثانى لايجوز لانه لايدرى هل يعطيه أم لا وهذا غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد.

وجاء فى مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (ج٥ ص٤) : وذكر التوضيح وغيره ان رهن الدين يصح ولو على غائب ويكفى فيه حوزة الاشهاد والظاهر هنا الصحة .

والرأى بعدم جواز رهن الدين لاحتمال الغرر مردود مع قيام النص بضرورة أن يكون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ بين فيها المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانا كافيا (م ١١٠٧ / ١ من المشروع) ، وان يكون اعلان الرهن للمدين أو قبوله ذا تاريخ ثابت ١١٠٩ / ١ من المشروع) .

(مادة ١٠٩٠)

١ ـ يجب أن يكون الراهن مالكا للمنقول المرهون ، وأهلا للتصرف فيه .

٢ ـ ويجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز ان يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا لمصلحة المدين .

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٣٢ من التقنين الحالى والمادة ١٠٣٥ من المشروع الواردتين فى الرهن الرسمى ، اذ ان الرهن الحيازى والرهن الرسمى يشتركان فى الحكم فى هذا الصدد .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ١٥٣٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى المقابلة للمادة ١٠٩٨ من هذا التقنين ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٧ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٢٥ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٣٧٩/١ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع أحكام الفقة الاسلامى :

ففيما يتعلق بالفقرة الاولى نصت المادة ١٧١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على ان من شروط الرهن ملك الراهن المرهون ، وان يكون الراهن اهلا للتصرف .

وفيما يتعلق بالفقرة الثانية نصت المادة ٨٢٦ من المجلة على أنه « يجوز أن يستعير احد مال آخر ويرهنه باذنه . ويقال لهذا الرهن المستعار » (أنظر كذلك المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من المجلة) .

ونصت المادة ٩٦٨ من مرشد الحيران على أن « لمعير الرهن ان يجبر المستعير الراهن على فكاك الرهن وتسليمه اليه ، الا اذا كانت العارية مؤقته بمدة معلومة فليس له جبره على ذلك قبل مضى المدة وله جبره بعد مضيها » . ونصت المادة ٩٧٠ على أنه « اذا أراد المعير فكاك الرهن ودفع الدين المطلوب للمرتهن ، يجبر المرتهن على القبول ويرجع المعير على المستعير بما اداه من الدين ... » .

ونصت المادة ٥٧٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يصح استعارة شىء لرهنه ... » .

ونصت المادة ١٧٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى فى خصوص الرهن عن الغير على ماياتى :

« ١ ـ يجوز أن يرهن الشخص مالنفسه عن دين غيره ،ولو بلااذنه.

٢ ـ يجوز أن يكون المرهون مستعارا ، ولايصح للمالك الرجوع بعد قبض المرتهن ... » .

ونصت المادة ١٢٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « يصح رهن ما يعار لأجل رهنه فى دين على المستعير ... » .

ونصت المادة ١٧٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على أنه « يصح الرهن من غير المدين ولو بغير رضاه » .

(مادة ١٠٩١)

١ ـ اذا كان الراهن غير مالك للمنقول المرهون ، كان رهنه موقوفا على اجازة المالك الحقيقى . واذا لم تصدر هذه الاجازة ، فان حق الرهن لايترتب على المنقول الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا المنقول مملوكا للراهن .

٢ ـ ويقع باطلا رهن المال المستقبل .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٩٨ من التقنين الحالى التى تحيل على المادة ١٠٣٣ الواردة فى الرهن الرسمى .

وهى تطابق المادة ١٠٣٦ من المشروع الواردة فى الرهن الرسمى ، فيما عدا أن الرسمية لاتطلب فى الاجازة التى تصدر من المالك .

حيث اعتمد المشروع فى هذا الصدد فكرة العقد الموقوف التى يأخذ بها الفقة الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى فى هذا الصدد .

وبذلك يسوى المشروع بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، رسميا كان هذا الرهن أو حيازا (أنظر المادة ٤٣٩ من المشروع التى تتناول بيع ملك الغير) .

وسواء فيما يتعلق ببيع ملك الغير أو فيما يتعلق برهن ملك الغير ، فان الحكم يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة التى أخذ بها المشروع فى خصوص العقد الموقوف (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ /٣ من المشروع) .

أنظر المراجع والنصوص الشرعية المشار اليها تحت المواد المذكورة

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٢٩ من التقنين الكويتى التى تحيل على المادة ٩٧٤ الواردة فى الرهن الرسمى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ١٥٣٤ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى المقابلة للمادة ١٠٩٨ من هذا التقنين ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٧ .

(مادة ١٠٩٢)

١ ـ يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لمنقول شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة المنقول فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته .

٢ ـ واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى المنقول أو جزءا مفرزا من هذا المنقول ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة منقولات غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه المنقولات يعادل قيمة المنقول الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضه ولايغير انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٣٨ من المشروع والمادة ١٠٣٩ من التقنين الحالى اللتين وردتا فى الرهن الرسمى ، وذلك مع حذف ماجاء فى الفقرة الثانية من كل من هاتين المادتين متعلقا باجراء قيد جديد ، لان الحكم هنا لاينصرف الا الى المنقول ، حيث يقتصر الرهن الحيازى فى المشروع على المنقول دون العقار .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٢٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٨١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٣٠ من التقنين الكويتى .

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامى ، فقد أخذ المشروع فى جواز رهن الحصة الشائعة برأى الامامين مالك والشافعى (بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ . المهذب ج١ ص ٣٠٨) . وهذا الرهن محل خلاف فى الفقه الاسلامى ، وسببه كما جاء فى بداية المجتهد هو هل يمكن حيازة المال الشائع أم لا ؟ وقد جاء فى المهذب ان ماجاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعا ، لان المشاع كالمقسوم فى جواز البيع فكان كالمقسوم فى جواز الرهن . فان كان بين رجلين دار فرهن احدهما نصيبه من بيت بغير اذن شريكه ، ففيه وجهان ، احدهما يصح كما يصح بيعه ، والثانى لايصح لان فيه اضرار بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت فى حصته فيكون بعضه رهنا . وهذا الرأى الثانى مردود ، حيث عالجه المشروع بالنص على أنه اذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عند القسمة اعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة المنقول الذى كان مرهونا فى الاصل .

ويلاحظ أن المثل المذكور فى بداية المجتهد يتعلق بعقار ، لأن الفقه الاسلامى يجيز الرهن الحيازى فى العقار والمنقول كما هو الحكم فى التقنين الحالى . اما المشروع فيقصر الرهن الحيازى على المنقول .

وقد نصت المادة ١٦٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على انه « يلزم لصحة الرهن أن يكون المرهون عينا ولو مشاعا .... » .

ونصت المادة ١٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « يصح رهن جزء مشاع فى عقار ونحوه .... » .

(مادة ١٠٩٣)

تسرى على الرهن الحيازى أحكام المواد من ١٠٤٣ الى ١٠٤٥ المتعلقة بالرهن الرسمى .

هذه المادة تتفق مع المادة ١٠٩٨ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١٠٢٩ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ١٩٧ .

وفيما يتعلق بالفقة الاسلامى أنظر المراجع والنصوص الشرعية المذكورة تحت المواد من ١٠٤٣ الى ١٠٤٥ من المشروع .

(مادة ١٠٩٤)

يجوز للمدين فى الدين المرهون ان يتمسك قبل الدائن المرتهن باوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك باوجه الدفع التى تكون له قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال اليه .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٣٥٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ١٤١٥ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ١٠٥٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٥٦٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ص٢٧٥و٢٧٦ .

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع مبدأ مقرر فى الفقة الاسلامى .وعنوان « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) .

الفصل الثانى

آثار الرهن الحيازى

(١) فيما بين المتعاقدين

التزامات الراهن .

(مادة ١٠٩٥)

١ ـ على الراهن تسليم الشىء المرهون الى الدائن أو الى العدل الذى عينه المتعاقدان .

٢ ـ ويسرى على الالتزام بتسليم الشىء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الاولى ، باستبدال كلمة «العدل» بكلمة «الشخص» ، وحذف كلمة « لتسلمه » الواردة فى نهايتها .

وتطابق المادة ١٠٣٣ من التقنين الكويتى ، مع اختلاف لفظى فى الفقرة الاولى .

وتقابل المادة ١٣٢١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٣٧٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٠٠ ٠

وفى الفقه الاسلامى ، فان التسليم التزام يقع على عاتق الراهن ويجبر عليه عند من يقولون بأن القبض شرط تمام وهم المالكية ٠ أما عند من يقولون بأن القبض شرط لزوم وهم الحنفية والشافعية ، فانه يجوز للراهن أن يرجع قبل القبض ٠ انظر المراجع والنصوص الشرعية المذكورة تحت المادة ١٠٨٧ من المشروع ٠

(مادة ١٠٩٦)

١ ـ يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ٠

٢ ـ وللدائن المرتهن ، فى حالة الاستعجال ، ان يخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون ٠

هذه المادة تطابق المادة ١١٠١ من التقنين الحالى ، مع جعلها فقرتين على النحو الوارد فى المادة المقترحة ٠

وتطابق المادة ١٠٣٥ من التقنين الكويتى ٠

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٣٣٥ من التقنين العراقى ٠

وتقابل المادة ١٣٨٨ من التقنين الأردنى ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م١٥٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٠٦ ٠

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٤١ من المجلة على أنه « اذا اتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن ٠٠٠ »٠

ونصت المادة ٥٢٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « مؤونة جعل الرهن باقيا ومؤونة اصلاح منفعته على الراهن » ٠

ونصت المادة ١٨٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « يلزم الراهن بمؤونة المرهون ، وله أن يرعى المرهون بما فيه حفظه » ٠

ونصت المادة ١٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « غلة الرهن لمالكه ، ونفقته عليه ٠٠٠ » ٠

ونصت المادة ١٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على أن « على الراهن موونة الرهن وأجرة حفظه وكل ما هو لازم لمصلحته ٠٠٠٠ » ٠

(مادة ١٠٩٧)

تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٥١ و ١٠٥٢ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهنا رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون الى ماحل محله من حقوق ٠

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ من التقنين الحالى ٠

أما الفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة ، فتنص على ماياتى : « يضمن الراهن هلاك الشىء المرهون أو تلفه اذا كان للهلاك أو التلف راجعا لخطئة أو ناشئا عن قوة قاهرة » ٠ وقد حذفت هذه الفقرة لان حكمها يشمله حكم المادة السابقة ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٠٨ ٠

وتتفق احكام المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامى : انظر فى هذا المواد ٥٣ و ٧٤١ و ٧٤٢ من المجلة ، وقد تقدمذكرها تحت المادتين المحال عليهما ٠

التزامات الدائن المرتهن

(مادة ١٠٩٨)

١ ـ اذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فعليه ان يقوم بحفظه وادارته وان يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الشخص العادى ٠ وليس له ان يغير من طريقة استغلال الشىء المرهون الا برضاء الراهن ٠ ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله ، وبوجه خاص اذا كان الشىء مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة ٠

٢ ـ فاذا أخل الدائن باى من الالتزامات المذكورة فى الفقرة السابقة ، كان للراهن الحق فى ان يطلب وضع الشىء تحت الحراسة أو ان يسترده مقابل دفع ماعليه ٠

الفقرة الاولى من هذه المادة تتضمن الحكم الوارد فى الشطر الأول من المادة ١١٠٣ من التقنين الحالى الذى جاء فيه ما يأتى : « اذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فعليه ان يبذل فى حفظه وصيانته من العناية مايبذله الشخص المعتاد » ٠ وكذلك الحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١٠٦ من هذا التقنين التى تنص على ماياتى : « يتولى الدائن المرتهن ادارة الشىء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد ٠

وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون الا برضاء الراهن . يجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله » . حيث رؤى ادماج هذين النصين معا منعا لتكرار بعض الأحكام الواردة فيهما . كما تتضمن حكما ورد في المادة ١٥٤٠ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا كان الشيء المرهون مهددا ان يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة ، وجب على الدائن ان يبادر باخطار الراهن بذلك ... » .

أما العبارة الأخيرة من المادة ١١٠٣ من التقنين الحالي ، وهي التي تقول : « وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » ، فقد نقلت الى المادة ١٠٩٥ من المشروع التي تتعلق بالتزام الدائن المرتهن برد الشيء .

وأما الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فهي تقابل الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « فاذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو ادار الشيء ادارة سيئة أو ارتكب في ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن الحق في ان يطلب وضع الشيء تحت الحراسة او أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي هذه الحالة الأخيرة ، اذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن الا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » . وقد اقتصر على ايراد حكم الشرط الأول من هذا النص بالصياغة الواردة في المادة المقترحة . وحذف الشطر الاخير منه ، جريا على خطة المشروع في تحريم الربا .

انظر المذكرات الايضاحية للمواد ١٥٣٩ و ١٥٤٠ و ١٥٤٣ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ص ٢١١ و ٢١٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ١٣٣٨ و ١٣٣٩ من التقنين العراقي

وتقابل المادتين ١٣٩١ و ١٣٩٤ من التقنين الأردني .

وتقابل المادتين ١٠٣٧ و ١٠٣٩ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٩٨٧ من مرشد الحيران على أنه « يجب على المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وغيرهما ممن هم في عياله الساكنين معه وما جرى مجراهم ممن يأتمنه على حفظ ماله » . وفي هذا المعنى أيضا : المادة ٧٢٢ من المجلة ، والمادة ٥٢٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفه .

ونصت المادة ٧٢٣ من المجلة على أن « المصاريف التي تلزم الرهن كاجرة المحل والناطور على المرتهن » .

ونصت المادة ٩٨٦ من مرشد الحيران على أن « المصاريف اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون على المرتهن ... » .

وجاء في البدائع (ج ٨ ص ٣٧٥٣ ، مطبعة الامام) أن « الحفظ على المرتهن ، حتى لو شرط الراهن للمرتهن اجرا على حفظه فحفظ لا يستحق شيئا من الاجر ، لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق اجرا باتيان ما هو واجب عليه » .

(مادة ١٠٩٩)

١ ـ ليس للدائن ان ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل .

٢ ـ وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ، مالم يتفق على غير ذلك .

٣ ـ وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يستنزل من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الاستنزال أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والاصلاحات وما دفعه من التكاليف ثم مما استحقه من التعويضات ثم من المصروفات ثم من أصل الدين .

هذه المادة تقابل المادة ١١٠٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل .

٢ ـ وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك .

٣ ـ وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين » .

وقد أدخل تعديل لفظي على الفقرة الثالثة من هذه المادة ، فاستبدلت كلمة « يستنزل » بكلمة « يخصم » ، واستبدلت كلمة « الاستنزال » بكلمة « الخصم » . كما عدلت باضافة عبارة « وما دفعه من التكاليف ثم مما استحقه من التعويضات » ، وذلك لمواجهة ما يكون الدائن قد دفعه من ضرائب أو ما استحقه من تعويض عن ضرر لحقه من عيب في الشيء . كذلك عدلت بحذف عبارة « والفوائد » الواردة بعد كلمة « المصروفات » جريا على خطة المشروع في تحريم الربا .

أنظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٥٤١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢١٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٠٣٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١٣٤٠ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ١٣٩٣ من التقنين الأردني .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٥٠ من المجلة على أنه « ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن . اما اذا أذن الراهن واباح الانتفاع ، فللمرتهن استعمال الرهن وأخذ ثمره ولبنه ولايسقط من الدين شيء فى مقابلة ذلك » .

ونصت المادة ٩٨٥ من مرشد الحيران على أنه « لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولا كان أو عقارا بدون اذن الراهن . وله أن يؤجره باذنه ويدفع الاجرة للراهن أو يحتسبها من أصل الدين بزضا الراهن ... ولو سكن المرتهن الدار المرهونة فلا أجر عليه » .

ونصت المادة ٥٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « اذا شرط المرتهن الانتفاع بالرهن صار ربا » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة أنه « اذا شرط المرتهن الانتفاع بالرهن صار ربا ، لانه يستوفى دينه كاملا من الرهن ، فتبقى له المنفعة التى استوفاها فضلا (زيادة) فيكون ربا (مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٨٧ و ٥٨٨) .

ونصت المادة ١٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد ، على أنه « يجوز للراهن الانتفاع بالرهن باذن المرتهن ، ويجوز انتفاع المرتهن بالرهن باذن الراهن ما لم يكن الدين قرضا » .

ونصت المادة ١٣٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه ان عينت مدتها بزمن أو عمل وحسبت من الدين ، سواء كان دينا من بيع او من قرض ، فان لم تحسب من الدين منع اشتراطها له ان كان الدين من قرض وجاز ان كان من بيع » .

(مادة ١١٠٠)

يجوز الاتفاق على أن تكون منفعة الشيء المرهون للدائن ، فلا تستنزل قيمتها من الدين ، اذا لم يكن الرهن فى دين من قرض .

هذه المادة مستحدثة .

وهى مستقاة من المادة ٥٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الأمام أبى حنيفه ، والمادة ١٨٥ من هذا المشروع على مذهب الأمام أحمد ، وقد تقدم ذكرهما تحت المادة السابقة .

وكذلك المادة ١٣٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك التى تنص على ما يأتى : « يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه ان عينت مدتها بزمن أو عمل وحسبت من الدين سواء كان دينا من بيع أو من قرض ، فان لم تحسب من الدين منع اشتراطها له ان كان الدين من قرض وجاز ان كان من بيع » .

وقد جاء فى ايضاح هذه المادة ما يأتى : مثال موضوع النص رجل باع سلعة بثمن يؤجل واخذ من المشترى رهنا فى هذا الثمن ، أو اقرض قرضا واخذ من المقترض رهنا فى القرض ، وشرط المرتهن لنفسه منفعة الرهن كسكنى الدار المرهونة .

وانما جاز اشتراط منفعة الرهن للمرتهن سواء كان رهنا فى دين من بيع أو فى دين من قرض اذا حسبت من الدين ، لانها لما حسبت من الدين لم تضع على الراهن وهو المشترى أو المقترض ؛ فلم يلزم على اشتراطها فسخ ما فى الذمة وهو الدين فى معين يتأخر قبضه وهو منفعة الرهن لانها مقبوضة حكما بالشروع فى استيفائها لان قبض الأوائل قبض للاواخر كما قال أشهب ، ولم يلزم عليه أيضا قرض جر نفعا للمقرض لانه لم يأخذ ازيد من القرض لان المنفعة حسبت منه . وجاز اشتراطها فى دين البيع وامتنع فى دين القرض اذا لم تحسب من الدين لان المنفعة فى دين البيع لم تضع على الراهن هو المشترى لانها باشتراطها فى عقد البيع صارت جزءا من الثمن المؤجل الذى اشترى به السلعة بخلاف المنفعة فى دين القرض فانها تضيع على الراهن وهو المقترض ، اذ ليس لها مقابل فى القرض لانها لاتحسب منه فتكون زيادة مشروطة فى القرض وهى ربا ممنوع كما تقدم فى باب القرض .

وشرط فى منفعة الرهن فى صور جواز اشتراطها ان تكون معينة بزمن أو عمل ، لان الجهل بمقدارها يستلزم الجهل بمقدار الثمن فى البيع وبالمماثلة فى قضاء القرض ، وكلاهما ممنوع .

وقد علم من النص المتقدم ان شرط المنفعة للمرتهن فى الرهن المسمى بين الناس فى مصر بالغاروقة ، وهو ان يدفع احدهم الى الآخر مبلغا من المال ويأخذ منه ارضا رهنا فى ذلك المبلغ على أن يزرعها المرتهن لنفسه ما دام المال الذى دفعه فى ذمة الراهن ، انما هو شرط فاسد لا يوجب جواز المنفعة للمرتهن ، لانه رهن فى دين من قرض لا من بيع ، فهو من قبيل الصورة الممنوعة المتقدمة فى النص . ولا ينفع المرتهن قول الراهن له وهبتك منفعة الرهن ما دام دينك فى ذمتى ، لانه من الحيل الباطلة . واذا وقع هذا الرهن وزرع المرتهن الأرض فان الزرع له لانه من عمله ، وكان عليه لصاحب الارض وهو الراهن اجرة مثلها ويحاسبه بها من أصل الدين الذى فى ذمته .

انظر : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ١٢٩ وما بعدها .

وجاء فى المغنى لا بن قدامة (ج ٤ ص ٤٣١) : لا ينتفع المرتهن من الرهن بشىء الا ما كان مركوبا أو محلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف : الكلام فى هذه المسألة فى حالين : (أحدهما) مالا يحتاج الى مؤونة كالدار والمتاع ونحوه ، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال . ولانعلم فى هذا خلافا لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فلس لغيره أخذها بغير اذنه ، فان اذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بغير عوض وكان دين ارهن من قرض لم يجز لانه يحصل قرضا يجر منفعة وذلك حرام . قال احمد اكره قرض الدور وهو الربا المحض يعنى اذا كانت الدار رهنا فى قرض ينتفع بها المرتهن . وان كان الرهن بثمن مبيع أو اجر دار أو دين غير القرض ، فاذن له الراهن فى الانتفاع ، جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال اسحق .

وعليه فبمقتضى المادة المقترحة ، اذا لم يكن الرهن فى دين من قرض ، فانه يجوز الاتفاق على ان تكون منفعة الشيء المرهون للدائن المرتهن فلا تستنزل قيمتها من الدين . كأن يكون الدين ثمنا موجلا لمبيع واخذ البائع من المشترى رهنا فى هذا الثمن . أو يكون الدين

اجرة مؤجلة لعمل واخذ من التزم بالقيام به رهنا فى هذه الأجرة . او يكون الدين تعويضا مؤجلا عن ضرر واخذ المضرور من المسئول عن الضرر رهنا فى هذا التعويض .

ولا يعتبر هذا خروجا على القاعدة المقررة فى المادة السابقة التى تقضى بأن ليس للدائن ان ينتفع بالشىء المرهون دون مقابل . ففى حالة البيع بثمن مؤجل تعتبر قيمة منفعة الرهن مع الثمن مقابلا للمبيع . وفى حالة العمل باجرة مؤجلة تعتبر قيمة منفعة الرهن جزءا من الأجرة . وفى التعويض المؤجل تعتبر منفعة الرهن جزءا من هـذا التعويض .

أما اذا كان الرهن فى دين من قرض ، فان هذا الاتفاق يقع باطلا ، لأن المماثلة فى القرض واجبة ، فاذا لم تستنزل قيمة منفعة الرهن من الدين كانت زيادة مشروطة فى القرض وهى ربا محرم م ٥٣٧ من المشروع) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٩٣/١ و ٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « ١ ـ لا يجوز للمرتهن ان ينتفع بالمرهون حيازيا منقولا او عقارا بغير اذن الراهن . ٢ ـ فاذا اذن الراهن وأباح له الانتفاع بنفسه بلا شرط من الدائن ، فله الانتفاع بنفسه ولا يسقط من الدين شىء فى مقابل ذلك » .

(مادة ١١٠١)

١ ـ اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين الا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين ان يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن الى ما تم ايداعه .

٢ ـ واذا لم يتفق المرتهن والراهن على طريقة استغلال ما أداه المدين ، قضت المحكمة بما تراه انفع للراهن دون ان يكون فيه ضرر للدائن المرتهن .

هذه المادة تقابل المادة ١١٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين الا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن الى ماتم ايداعه .

٢ ـ وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وان يكون ذلك على انفع الوجوه للراهن دون ان يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة الى انشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، لان الاقتصار فى النص على مطالبة المرتهن بالتعاون على استغلال ما أداه المدين أمر غير عملى . فاذا لم يتفقا على طريقة الاستغلال ، يلتجأ الى القاضى لتحديد الطريقة التى يراها انفع للراهن دون ان يكون من ورائها ضرر للدائن .

انظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ص٢٨٠ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٠٥٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٥٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٤١٦ من التقنين الأردنى .

وليس فى المادة المقترحة ما يتعارض مع أحكام الفقه الاسلامى ، حيث يراد بالحكم الوارد فيها تسوية الوضع بما يتفق مع مصلحة كل من الراهن والمرتهن اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن .

(مادة ١١٠٢)

١ ـ يرد الدائن الشىء المرهون الى الراهن عند انقضاء الرهن .

٢ ـ وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه ، مالم يثبت ان ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ١١٠٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يرد الدائن الشىء المرهون الى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات » .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد فى الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، كى يكون حكمه شاملا لكل صور انقضاء الرهن ، سواء كان ذلك بصفة أصلية أو بصفة تبعية بسبب انقضاء الدين المضمون .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الشطر الأخير من المادة ١١٠٣ من التقنين الحالى . حيث رؤى ان المكان الطبيعى للحكم الوارد فيها هو النص الخاص برد الشىء المرهون عند انقضاء الرهن .

انظر المذكرة الايضاحية للنصين المقابلين فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٣٩ و ١٥٤٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢١١ و ٢٢٣ .

والمادة المقترحة تقابل الشطر الأخير من المادة ١٢٩١ والمادة ١٣٩٥ والمادة ١٣٩٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل الشطر الأخير من المادة ١٠٣٧ والمادة ١٠٤٠ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تتفق مع الشطر الأخير من المادة ١٣٢٨/١ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٣١ من المجلة على أن للمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفى تمام الدين .

ونصت المادة ٧٤١ على أنه اذا أتلف المرتهن الرهن أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته .

ونصت المادة ٩٦٤ من مرشد الحيران على أن للمرتهن حق حبس الرهن الى أن يصل اليه دينه بتمامه . ونصت المادة ٩٨٨ على أن الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين ، ويعتبر قيمته يوم قبضه لايوم هلاكه . وفي هذا المعنى ايضا : المادة ٥١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

ونصت المادة ١٤٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « اذا كان الرهن بيد المرتهن كان ضمانه منه ، ويستمر فى ضمانه بعد استيفاء دينه حتى يسلمه للراهن الااذا احضره له فاعرض عن تسلمه منه ، أو امره بتركه عنده فانه يصير وديعه عنده ، ويسرى عليه حكم الوديعة من جهة الضمان وعدمه . فان لم يكن الرهن بيد المرتهن فضمانه من الراهن » . وجاء فى ايضاح هذه المادة أن المراد بكون ضمان الرهن من المرتهن فى هذا النص هو تعلق الضمان بذمته لاالضمان بالفعل ، وهو غرم قيمة المقوم ومثل المثلى ، لان الضمان الفعلى انما يكون عند تلف الرهن أو ضياعه .

(مادة ١١٠٣)

تسرى على رهن الحيازة احكام المادة ١٠٥٣ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، احكام المادة ١٠٥٥ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون اجراءات .

هذه المادة تطابق المادة ١١٠٨ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٠٤١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٤١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ١٣٩٧ و ١٣٩٨ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٤٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٢٦ .

أنظر الاسانيد الشرعية والمراجع المذكورة تحت المادتين ١٠٥٣ و ١٠٥٥ الواردتين فى الرهن الرسمى .

(مادة ١١٠٤)

١ ــ اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة او السوق ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين .

٢ ــ ويجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشيء وكان البيع صفقة رابحة ، ان يطلب من القاضي الترخيص له فى بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول اجل الدين .

٣ ــ وفى الحالتين يفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص بالبيع وينقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء الى ثمنه .

هذه المادة تتفق مع المادتين ١١١٩ و ١١٢٠ من التقنين الحالى .

فالمادة ١١١٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن او الراهن ان يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

٢ ــ ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص فى البيع، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء الى ثمنه » .

والمادة ١١٢٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « يجوز للراهن اذا عرضت فرصه لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر ايداع الثمن » .

ونظرا الى ان الحكم واحد فى هاتين المادتين ، فقد رؤى الجمع بينهما فى المادة المقترحة ، أولاهما فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، والثانية فى الفقرة الثانية منها ، وافراد الثالثة لبيان موقف القاضى فى الحالتين وتقرير انتقال حق الدائن الى الثمن .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٦٠ و ١٥٦١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ص٢٦٥.

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ١٤٠٦ و ١٤٠٧ من التقنين الأردنى .

والفقرتان الأولى والثالثة منها تتفقان مع المادة ١٠٥٢ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٠١٢ من مرشد الحيران على انه « اذا خيف على الرهن التلف والراهن غائب ولا يعرف مكانه يبيعه المرتهن باذن الحاكم أو يبيعه الحاكم ويكون ثمنه رهنا مكانه ، وان باعه المرتهن بدون اذن الحاكم مع امكان الاستئذان قبل تلفه كان ضامنا القيمة بالغة ما بلغت » .

ونصت المادة ٧٥٩ من المجلة على انه « اذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه وابقاء ثمنه رهنا فى يده باذن الحاكم . واذا باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامنا . كذلك لو ادرك ثمر البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه ، فليس للمرتهن بيعه الا باذن الحاكم ، وان باعه بدون اذن الحاكم يضمن » .

ونصت المادة ١٧٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « اذا كان المرهون مما لايسرع اليه

الفساد ، ثم طرا عليه ما عرضه للفساد ولم ينفسخ الرهن ، بيع المرهون وجعل ثمنه رهنا مكانه » .

(مادة ١١٠٥)

١ – يجوز للدائن المرتهن ، اذا لم يستوف حقه ، ان يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

٢ – واذا كان المرهون يشتمل على أشياء عدة يزيد مجموع قيمتها عن مقدار الدين وملحقاته ، فالقاضى ان يقرر قصر البيع على الأشياء التى يكفى ثمنها لايفاء الدين وملحقاته .

٣ – ويجوز للدائن أيضا ان يطلب من القاضى تمليكه الشيء المرهون وفاء للدين ، على ان يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء .

الفقرتان الأولى والثالثة من هذه المادة تطابقان المادة ١١٢١ من التقنين الحالى ، مع ادخال تعديل لفظى فى الفقرة الثالثة ، واستبدال عبارة « ان يطلب من القاضى تمليكه الشيء المرهون » بعبارة « ان يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشيء » ، حتى يكون مفهوما أن قرار القاضى فى هذا الشأن يكون فى شكل خصومة .

اما الفقرة الثانية فهى مقتبسة من الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٣ من مشروع القانون الموحد بين مصر وسوريا لفائدتها العملية .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٦٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٦٥ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ١٠٥٣ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة المقترحة نصت المادة ٧٥٧ من المجلة على أنه « اذا حل أجل الدين ، وامتنع الراهن عن ادائه ، فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين ، فان أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين » . وفى هذا المعنى أيضا : المادتان ١٠٠٩ و ١٠١٠ من مرشد الحيران .

اما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فسندهما الشرعى هو الفائدة العملية بالنسبة الى الراهن فى الفقرة الثانية وبالنسبة الى الدائن فى الفقرة الثالثة . والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م ٥٨ من المجلة) .

(مادة ١١٠٦)

اذا كان المرهون دينا ، واصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الاداء ، جاز للدائن المرتهن ، اذا لم يستوف حقه ان يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له ، أو ان يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقا للفقرة الثالثة من المادة السابقة .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢٩ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « اذا كان المرهون دينا » فى بدايتها .

وتتفق مع المادة ١٣٦٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٤١٧ من التقنين الاردنى

وتقابل المادة ١٠٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٨٠ .

وفى الفقه الاسلامى ، انظر المادة ٧٥٧ من المجلة ، وقد تقدم ذكرها . وانظر كذلك المادتين ١٠٠٩ و ١٠١٠ من مرشد الحيران .

(٢) بالنسبة الى الغير

(مادة ١١٠٧)

١ – يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير ان يكون الشيء المرهون فى يد الدائن أو العدل الذى ارتضاه المتعاقدان ، وأن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن .

٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لديون عدة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ١١٠٩، وكذلك المادة ١١١٧ من التقنين الحالى .

فالفقرة الأولى من المادة ١١٠٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشيء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان » . وقد أدخل تعديل لفظى على هذا النص ، باستبدال كلمة « العدل » بكلمة « الاجنبى » ، لان الكلمة المختارة هى التى يستعملها الفقه الاسلامى .

والمادة ١١١٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : «يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » . وقد حذف الشطر الأول من هذا النص . بحسب ما اقتضته الصياغة فى المادة المقترحة ، واستبدلت عبارة «مرتبة الرهن» . بعبارة «مرتبة الدائن المرتهن» .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١١٠٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة «لديون عدة» بعبارة «لعدة ديون» .

أنظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٤٨ و ١٥٥٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٢٨ و ٢٥٥ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين ١٣٩٩ و ١٤٠٥ من التقنين الأردني .

وتتفق مع المادتين ١٠٤٢ و ١٠٥٠ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٧٠٥ من المجلة على ان «العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه الرهن» . ونصت المادة ٧٥٢ على أن «يد العدل كيد المرتهن» يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايداع الرهن عند أمين ورضى الأمين وقبض الرهن تم الرهن ولزم وقام ذلك الامين مقام المرتهن» . وفي هذا المعنى أيضا : المادة ٩٥٧ من مرشد الحيران . وكذلك المادة ٥٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة (مجمع الأنهر ج٢ ص٦٠٠) . كذلك المادة ١٨٣ من هذا المشروع على مذهب الأمام الشافعي . وكذلك المادة ١٧٦ من هذا المشروع على مذهب الامام أحمد (كشاف القناع ص ١٦٢) .

ونصت المادة ٧٢٠ من المجلة على انه «يجوز ان ياخذ الدائنان من المديون رهنا واحدا سواء كانا شريكين في الدين أولا . وهذا الرهن يكون مرهونا في مقابلة مجموع الدينين» . وفي هذا المعنى أيضا . المادة ٩٥٩ من مرشد الحيران ، والمادة ٥٤٦ / ١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الأمام أبي حنيفه (مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩٨ و ٥٩٩) . وكذلك المادة ١٨٩ من هذا المشروع على مذهب الامام أحمد .

وجاء في البدائع (ج ٨ ص ٢٧٣٩ : الناشر زكريا علي يوسف مطبعة الامام) : ولنا قوله تعالى «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» . أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضا ، واخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضا ما دام مرهونا .

(مادة ١١٠٨)

١ ـ تسرى على رهن المنقول الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها .

٢ ـ وبوجه خاص يكون للمرتهن ، اذا كان حسن النيه ، ان يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن .

هذه المادة تطابق المادة ١١١٨ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي طفيف .

والفقرة الاولى منها تتفق مع المادة ١٠٥١ من التقنين الكويتي .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٥٥٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٦٤

ولم يعرض الفقه الاسلامي للصورة التي تتناولها المادة المقترحة . ولكن حكمها يتفق مع الظاهر المشهور الذي يعتد به هذا الفقه .

(مادة ١١٠٩)

١ ـ لايكون رهن الدين نافذا في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله له ، وفقا لقواعد الحوالة .

٢ ـ ولا يكون نافذا في حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢٣ من التقنين الحالي مع الاحالة في نهاية الفقرة الأولى الى قواعد الحوالة بدلا من ذكر رقم المادة الواردة في الحوالة .

وتتفق مع المادة ١٤١٠ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ١٠٥٤ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١٣٥٤ من التقنين العراقي .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٥٦٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٧١ .

وفي الفقه الاسلامي ، أنظر ماتقدم ذكره عن رهن الدين تحت المادة ١٠٨٩ من المشروع .

(مادة ١١١٠)

يتم رهن السندات الاسمية والسندات الأذنية بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن دون حاجة الى اعلان .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢٤ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي .

وتتفق مع المادة ١٣٥٥ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ١٤١١ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ١٠٥٥ من التقنين الكويتي .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١٥٦٥) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٧١

وفي الفقه الاسلامي ، انظر ما تقدم ذكره عن رهن الدين تحت المادة ١٠٨٩ من المشروع .

(مادة ١١١١)

١ ـ يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون .

٢ ـ واذا خرج الشيء من يد الدائن دون ارادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة .

هذه المادة تطابق المادة ١١١٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٤٣ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٤٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٠٠ من التقنين الأردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٤٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٣٥ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧١٨ من المجلة على ان « للراهن والمرتهن أن يفسخا الرهن باتفاقهما ، لكن للمرتهن حق حبس الرهن وامساكه الى أن يستوفى ماله فى ذمة الراهن بعد الفسخ » . ونصت المادة ٧٢٩ على أن « حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفى الراهن » . وفى هذا المعنى أيضا : المادتان ٩٦٤ و ٩٦٥ من مرشد الحيران ، والمادة ٥١٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه .

وجاء فى البدائع (ج ٨ ص ٣٣٣٩ : الناشر زكريا على يوسف مطبعة الامام) : ولان الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس ..... ولان الرهن شرع وثيقة بالدين ، فيلزم أن يكون حكمه مايقع به التوثيق للدين كالكفالة ، وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه من الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات ، وكذا يقع الامن عن تواه حقه بالجحود والانكار .

(مادة ١١١٢)

لا يقتصر الرهن عن ضمان أصل الحق ، وانما يضمن ايضا وفى المرتبة ذاتها مايأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى انفقت للمحافظة على الشيء .

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ج) مصروفات عقد الرهن الحيازى وتنفيذه .

هذه المادة تقابل المادة ١١١١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق ، وانما يضمن ايضا وفى نفس المرتبة ما يأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى انفقت للمحافظة على الشيء .

(ب) التعويضات عن الاضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ج) مصروفات العقد الذى انشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠ » .

وقد عدلت هذه المادة فى البند « ج » بحذف عبارة « مصروفات العقد الذى أنشأ الدين » باعتبار أن ليس لها تطبيق فى العمل . وكذلك بحذف عبارة « وقيده عند الاقتضاء » لان الرهن الحيازى أصبح قاصرا على المنقول ، ورهن المنقول لا يخضع للقيد . وادمج حكم البند « د » فى هذا البند .

كما عدلت هذه المادة بحذف البند «هـ» جريا على خطة المشروع فى تحريم الربا .

أنظر وقارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٥١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٤٠١ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ١٠٤٤ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧١٨ من المجلة ان للمرتهن حبس الرهن وامساكه الى أن يستوفى ماله فى ذمة الراهن . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٩٦٤ من مرشد الحيران . ونصت المادة ٧٢٩ من المجلة أن حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه ، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفى الراهن . وفى هذا المعنى ايضا : المادة ٩٦٥ من مرشد الحيران .

وجاء فى البدائع (ج٨ص ٣٧٥٦ و ٣٧٥٧ : الناشر زكريا على يوسف مطبعة الامام) : اذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن ، وعليه ديون أخر ، فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء ، لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن . ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان فى الثمن وفاء بالدين . وان كان فيه فضل رده على الراهن ، وان كان انقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن . وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل ، لانه بدل المرهون فيكون مرهونا . فاذا حل الأجل ، فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه ، وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى أن يستوفى دينه كله . وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا سوى الرهن ، كان المرتهن احق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا ، فان فضل منه شيء يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص ، لان قدر الفصل من الدين دين لارهن به فيستوى فيه الغرماء . وكذلك المرتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفصل من الدين دين لارهن به فيستوى فية الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر ، كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن ، لان ذلك الدين لارهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

(مادة ١١١٣)

ينقضى الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة مابين انقضاء الرهن وعودته .

هذه المادة تطابق المادة ١١١٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « الرهن » فى نهايتها بكلمة « الحق » توضيحا لما هو مقصود .

وتطابق المادة ١٠٤٥ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٤٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤١١ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٥٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٣٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الرهن تابع للدين المضمون ، فينقضى بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون . والقاعدة الشرعية أن « التابع تابع » (م ٤٧ من المجلة) . وكذلك المحافظة على حقوق الدائنين الذين ترتبت لة حقوق فى الفترة مابين انقضاء الرهن وعودته . وقد تقدم ذكر مثل هذه فى خصوص الرهن الرسمى .

(مادة ١١١٤)

ينقضى ايضا حق الرهن الحيازى باحد الاسباب الآتية :

(أ) اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وتوفرت له اهلية ابراء ذمة المدين من الدين . ويعتبر الدائن نازلا عن حقه اذا تخلى باختياره عن الشىء المرهون ، أو وافق على التصرف فيه دون تحفظ ، ما لم يثبت عكس ذلك . كل هذا دون اخلال بحقوق الغير .

(ب) اذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد .

(ج) اذا هلك الشىء أو انقضى الحق المرهون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ينقضى ايضا حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :

(أ) اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا اهلية فى ابراء ذمة المدين من الدين . ويجوز ان يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشىء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه اذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ؛ فان تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير الا اذا أقره .

(ب) اذا اجتمع حق رهن الحيازة مع حق الملكية فى يد شخص واحد .

(ج) اذا هلك الشىء أو انقضى الحق المرهون » .

وقد عدل البند « أ » من هذه المادة . وذلك فى ضوء ان المادة ١١٠٠ من التقنين الحالى تنص على ما يأتى : « اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون اخلال بحقوق الغير » . حيث رؤى ان المادة ١١٠٠ هذه مرتبطة بالمادة ١١١٣ من التقنين الحالى ، وانه اذا عدلت الفقرة « أ » من المادة ١١١٣ على نحو يجعل من رجوع المرهون الى الراهن قرينة قانونية على نزول المرتهن عن الرهن أمكن الاستغناء عن المادة ١١٠٠ ، وبخاصة لان هذه المادة الاخيرة واردة فى فصل آثار الرهن فى حين انها متعلقة بانقضائه لا بآثاره ، ولان انقضاء الرهن نصت عليه المادة ١١١٣ سواء فيما يتعلق بالطرفين أو فيما يتعلق بعدم الاضرار بحقوق الغير . ولهذا رؤى حذف المادة ١١٠٠ من التقنين الحالى ، وتعديل الفقرة (أ) من المادة ١١١٣ من هذا التقنين على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة ١٥٣٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى وهى المقابلة للمادة ١١٠٠ من هذا التقنين ، وكذلك المذكرة الايضاحية للمادة ١٥٥٤ من هذا المشروع وهى المقابلة للمادة ١١١٣ من هذا التقنين ، فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٠٢ و ٢٤١ و ٢٤٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المواد ١٤٠٠ و ١٤٢٠ و ١٤٢١ و ١٤٢٢ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادتين ١٣٣٧ و ١٣٤٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادتين ١٠٣٤ و ١٠٤٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٤٧ من المجلة على مايأتى : « لو باع الراهن بدون رضى المرتهن لاينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق المرتهن .

ولكن اذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذا . وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج من الرهينة ويبقى الدين على حالة . ويكون ثمن المبيع رهنا فى مقام المبيع . وان لم يجز المرتهن البيع ، فالمشترى يكون مخيرا ان شاء انتظر الى أن ينفك الرهن ولن شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » . انظر كذلك المادة ٩٧٨ من مرشد الحيران، والمادة ٥٦١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

ونصت المادة ١٨٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على ما يأتى : « يجوز للراهن ان يتصرف فى المرهون فيما كان ممنوعا ان صرح له المرتهن . فان ترتب على تصرفه نقل ملكية المرهون نفذ وبطل الرهن » .

ونصت المادة ١٧٤ من مشروع الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على ما يأتى : « يزول لزوم الرهن ويبقى العقد اذا اعاد المرتهن الرهن الى الراهن او كان عصيرا فتخمر . ويعود اللزوم بعودة الرهن الى المرتهن أو استحالة الخمر خلا » .

هذا فيما يتعلق بالفقرة « أ » من المادة المقترحة .

أما الفقرة « ب » فسندها الشرعى ان الرهن ينقضى باتحاد الذمة .

واما الفقرة « ح » فسندها الشرعى أن الرهن ينقضى بهلاك محله اذا هلك الشىء المرهون ، وينقضى بزوال محله اذا انقضى الحق المرهون .

(مادة ١١١٥)

تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لاتتعارض فية مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢٢ من التقنين الحالى .

وتتفق مع المادة ١٤٠٨ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٦٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٦٥ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة تلك القاعدة الأصولية التى تقضى بتخصيص العام اذا قام دليل على تخصيص الحكم ببعض الحالات ، فلا يسرى الحكم العام الا على ما بقى من حالاته بعد التخصيص . حيث يكون هناك الغاء جزئى للقاعدة العامة بقدر ما جاءت به القاعدة الخاصة .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

الفصل الأول

أحكام عامة

(مادة ١١١٦)

١ - الامتياز حق عينى يتقرر ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته على جميع أموال المدين ، أو على منقول أو عقار معين منها ، فيتون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لهذه الاموال .

٢ - ولايكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١٣٠ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته .

٢ - ولايكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون » .

وقد استعيض عن الفقرة الأولى من هذه المادة بالفقرة الاولى من المادة المقترحة . ذلك ان حق الامتياز حق عينى . ولايقدح فى ذلك ان حقوق الامتياز العامة لاترد على مال معين بالذات ، وان الامتياز على الديون يرد على حقوق شخصية ، فهذه نواح جزئية اقتضتها أوضاع هذه الحقوق ، وليس من شأنها أن تستبعد الطابع الذى يسود حق الامتياز . وهذا هو رأى الجمهور .

والامتياز حق تبعى ، اذ أنه حق تابع ، حيث يستلزم وجود التزام أصلى يضمنه ، شأنه فى ذلك شأن الرهن . فهو لايوجد الا اذا وجد التزام أصلى ، وينقضى بانقضائه .

ويكفل الامتياز التقدم للدائن فى استيفاء حقه بحسب المرتبة التى يحددها القانون للحق .

واذا وضع حق الامتياز على عين معينة ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، أى كان حق امتياز خاص ، فانه يخول الدائن حق التقدم وحق التتبع ، غير أن حق الدائن فيه يتأثر بقاعدة الحيازة فى المنقول .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٨٦ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٤٢٤ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٣٦١ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ١١٣٠ من التقنين المصرى الحالى ٠

وتقابل المادة ١٠٦١ من التقنين الكويتى ٠

ولم يعرض الفقة الاسلامى لحقوق الامتياز على نحو مافعل بالنسبة الى الرهن ٠ غير أن هناك حقوق ممتازة تناثرت بين أحكام الفقه :

١ ـ من هذه الحقوق دين الزكاة ٠ فقد جاء فى كتاب الام للامام الشافعى (ج ٢ص ١٣) : اذا مات الرجل وقد وجبت فى ماله زكاة وعليه دين وقد أوصى بوصايا ، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا ٠

٣ ـ ومنها دين النفقة ٠ فقد جاء فى المادة ١٩٧ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا : يقدم دين النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله على قضاء ديونه بقدر الضرورة ٠

٣ ـ ومنها ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن ٠ فقد نصت المادة الرابعة من قانون المواريث (رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) على أن « يؤدى من التركة بحسب الترتيب الاتى : اولا : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن . ثانيا : ديون الميت ٠٠٠» ٠ ويلاحظ هنا ان الفقهاء يجمعون على تقديم التجهيز والتكفين على الديون التى لم تكن متعلقة باعيان من التركة قبل الوفاة . اما الديون المتعلقة باعيان من التركة قبل الوفاة كالاعيان المرهونة . فان الحنابلة هم الذين يرون تقديم التجهيز والتكفين عليها أسوة بالديون الاخرى . وقد اخذ قانون المواريث المذكور بهذا الراى ، وزاد عليه تجهيز وتكفين من تلزم الميت نفقته من الموت الى الدفن (محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث فقرة ٣٦ ص ٥٤ ـ ٥٦) ٠

(مادة ١١١٧)

١ ـ يحدد القانون مرتبة الامتياز ، فاذا لم ينص القانون فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متاخرا فى المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته ٠

٢ ـ واذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك ٠

هذه المادة تقابل المادة ١١٣١ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فاذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة على كل امتياز ورد فى هذا الباب ٠

٢ ـ واذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » ٠

وقد أدخل تعديل لفظى على الفقرة الاولى من هذه المادة ٠ واستبدلت فى نهاية هذه الفقرة عبارة « كل امتياز منصوص على مرتبته » بعبارة « كل امتياز ورد فى هذا الباب » لانه قد يحصل أن ينص على حق ممتاز فى قانون مستقل مع تحديد مرتبة امتيازه ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٨٦ و ٢٨٧ ٠

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٦٢ من التقنين العراقى ٠

وتتفق مع المادة ١٠٦٢ من التقنين الكويتى ٠

وتقابل المادة ١٤٢٥ من التقنين الاردنى التى تتفق مع المادة ١١٣١ من التقنين المصرى الحالى ٠

(مادة ١١١٨)

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين ٠

هذه المادة تطابق المادة ١١٣٢ من التقنين الحالى ٠

وتتفق مع المادة ١٣٦٣/١ من التقنين العراقى ٠

وتطابق المادة ١٠٦٣ من التقنين الكويتى ٠

وتتفق مع المادة ١٤٢٦ من التقنين الأردنى ٠

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٢ و ٢٩٣ ٠

(مادة ١١١٩)

١ ـ تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد ومايترتب على القيد من آثار ومايتصل به من تجديد ومحو ٠

٢ ـ ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لايجب فيها الشهر ولايثبت فيها حق التتبع ٠ ولاحاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ٠ وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده ، اما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة ٠

هذه المادة تطابق المادة ١١٣٤ من التقنين الحالى ٠

وتتفق مع المواد ١٠٦٤ ـ ١٠٦٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٣٦٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٤٢٨ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٢ و ٢٩٣ .

(مادة ١١٢٠)

١ ـ لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية وبسبب صحيح .

٢ ـ ويعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة الى الامتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه .

هذه المادة تقابل المادة ١١٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .

٢ ـ ويعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة الى الامتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه .

٣ ـ واذا خشى الدائن ، لاسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باضافة السبب الصحيح الى حسن النية ، أخذا بما هو مقرر فى أحكام الحيازة فى المنقول من أن الحيازة المعتبرة هى التى تكون بحسن نية ومستنده الى سبب صحيح (م ٩٥٢ من المشروع) .

وحذفت الفقرة الثالثة من هذه المادة اذ يغنى عنها ما هو مقرر فى الحراسة من ان المال الذى يوضح تحتها يجب أن يتهدده خطر عاجل (م ٧٣٠ من المشروع) . لاسيما وان هذا الحكم أوسع وأوفى بالغرض من حكم الفقرة المحذوفة الذى جاء مقصورا على الخشية من تبديد المنقول .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٢ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٦٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٦٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٤٢٧ من التقنين الاردنى .

(مادة ١١٢١)

يسرى على حق الامتياز مايسرى على حق الرهن الرسمى من احكام متعلقة بهلاك الشىء أو تلفه .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣٥ من التقنين الحالى ، مع اضافة كلمة « حق » قبل كلمة « الامتياز » وقبل كلمة « الرهن » .

وتتفق مع المادة ١٣٦٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٢٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٦٨ من التقنين الكويتى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٦ .

(مادة ١١٢٢)

ينقضى حق الامتياز بالطرق ذاتها التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، وذلك بالقدر الذى يتفق مع طبيعة حق الامتياز ، ومع مراعاة ماتقضى به النصوص الخاصة .

هذه المادة تتفق مع المادة ١١٣٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقا لاحكام انقضاء هذين الحقين، مالم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة.

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٦ .

الفصل الثانى

انواع الحقوق الممتازة

(مادة ١١٢٣)

تكون الحقوق المبينة فى المواد الآتية ممتازة الى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

وتطابق المادة ١٠٧ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ١٣٦٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٣١ من التقنين الاردنى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٧٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٢٩٧ .

الفــرع الأول

حقوق الامتياز العامة
وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

(مادة ١١٢٤)

١ ـ يكون للمصروفات القضائيه التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ اموال المدين وبيعها وتوزيعها امتياز على ثمن هذه الأموال .

٢ ـ وتستوفى هذه المصروفات قبل اى حق آخر ولو كان ممتازا او مضمونا برهن ، بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين انفقت المصروفات فى مصلحتهم .

٣ ـ وتتقدم المصروفات التى انفقت فى بيع الاموال على تلك التى انفقت فى اجراءات التوزيع .

هذه المادة تقابل المادة ١١٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ المصروفات القضائية التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

٢ ـ وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى ، بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين انفقت المصروفات فى مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التى انفقت فى بيع الأموال على تلك التى انفقت فى اجراءات التوزيع » .

وقد ادخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى . واضيفت عبارة « وتوزيعها » بعد عبارة « وبيعها » ، استكمالا للحكم .

وفى الفقرة الثانية حذفت كلمة « رسمى » الواردة بعد كلمة «برهن» لان الحكم ينصرف الى الرهن الرسمى والرهن الحيازى . كما قسمت هذه الفقرة الى فقرتين ، هما الفقرتان الثانية والثالثة فى المادة المقترحة ، لأنهما تتضمنان حكمين يحسن الفصل بينهما .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ص ٣٠٠ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٦٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٧١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٤٣٢ من التقنين الأردنى .

(مادة ١١٢٥)

١ ـ يكون للمبالغ المستحقه للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق اخرى امتياز بالشروط المقررة فى القوانين الصادرة فى هذا الشان .

٢ ـ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى اى يد كانت قبل اى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن ، عدا المصروفات القضائية .

هذه المادة تقابل المادة ١١٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والاوامر الصادرة فى هذا الشان .

٢ ـ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى ، عدا المصروفات القضائية » .

وقد ادخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى . وحذفت منها عبارة « من أى نوع كان » لعدم لزومها . كما حذفت عبارة « والأوامر » لزوال هذه الصورة من صور القوانين .

وفى الفقرة الثانية حذفت كلمة « رسمى » الواردة بعد كلمة « برهن » لان الحكم ينصرف الى الرهن الرسمى والرهن الحيازى . وذلك على نسق ما تقدم فى خصوص المادة السابقة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٠٢ و ٣٠٣ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٧٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٣٣ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٧٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٢٦)

١ ـ يكون للمبالغ التى انفقت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاح امتياز عليه كله .

٢ ـ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ انفاقها .

هذه المادة تتفق مع المادة ١١٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله .

٢ ــ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيتقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها » .

وقد ادخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى . واستبدلت فيها كلمة « انفقت » بكلمة « صرفت » . كما استبدلت كلمة « اصلاح » بكلمة « ترميم » .

وفى نهاية الفقرة الثانية استبدلت كلمة «انفاقها» بكلمة «صرفها» .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٧١ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٠٧٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٤٣٤ من التقنين الأردنى .

(مادة ١١٢٧)

١ ــ يكون للحقوق الآتية ، بقدر ما هو مستحق منها عن الستة الشهور الأخيرة ، امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للاجراء من أجرهم ومرتباتهم من أى نوع كان ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام القوانين الخاصة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس ودواء .

(ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه .

٢ ــ وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحفظ والاصلاح ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

هذه المادة تقابل المادة ١١٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة .

(ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة .

٢ ــ وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، اما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها » .

وقد عدلت صياغة صدر الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، منعا للتكرار ، لأن حكمه يشمل البنود الثلاثة المذكورة فى هذه الفقرة .

وعدل البند «أ» من هذه الفقرة باستبدال كلمة « للاجراء » بعبارة « للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر » لأن الكلمة المختارة تغنى عن هذا التعداد . كما اضيفت الى هذا البند عبارة « وذلك مع عدم الاخلال بأحكام القوانين الخاصة » .

وعدل البند «ب» باضافة عبارة « ودواء » ، لأن الدواء يسرى عليه حكم المأكل والملبس .

وعدل البند «ج» باستبدال عبارة « لمن تجب نفقتهم عليه » بعبارة « لأقاربه » لأن العبارة المختارة أشمل ، ولا سيما بالنسبة الى الزوجة التى يشملها الحكم بلا جدال فى ظل النص الحالى من باب الأولى .

وفى الفقرة الثانية استبدلت عبارة «ونفقات الحفظ والاصلاح» بعبارة « ومصروفات الحفظ والترميم » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٠٨ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٧٢ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٣٥ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٧٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٢٨)

١ ــ يكون للمبالغ التى انفقت فى البذور والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ التى انفقت فى اعمال الزراعة والحصاد ، امتياز على المحصول الذى انفقت فى انتاجه، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة .

٢ ـ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر ·

٣ ـ وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى المرتبة ذاتها على هذه الآلات ·

هذه المادة تطابق المادة ١١٤٢ من التقنين الحالى ، مع تعديلات لفظية ·

وتطابق المادة ١٣٧٣ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى ·

وتتفق مع المادة ١٤٣٦ من التقنين الاردنى ·

وتتفق مع المادة ١٠٧٥ من التقنين الكويتى ·

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١١ ·

(مادة ١١٢٩)

١ ـ يكون لاجرة المبانى والأراضى المستحقة عن السنتين الاخيرتين او عن مدة الايجار ان قلت عن ذلك ، ولكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستاجر من منقولات مادية معدة لاستعمالها وقابلة للحجز ومن محصول زراعى ·

٢ ـ ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستاجر كما يثبت على المنقولات المملوكة للغير ، ما لم يقم الدليل على أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها · وذلك كله دون اخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة ·

٣ ـ ويقع الامتياز كذلك على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستاجر من الباطن اذا كان التاجير من الباطن ممنوعا·فاذالم يكن ممنوعا ، فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستاجر الأصلى فى ذمة المستاجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستاجر الأصلى ·

٤ ـ واذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النيه على هذه الأموال · ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنين من يوم نقلها اذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا فى الميعاد القانونى · ومع ذلك اذا بيعت هذه الأموال الى مشتر حسن النية فى سوق او فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن الى هذا المشترى ·

٥ ـ وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، الا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية ·

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ١١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « أجرة المبانى والاراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستاجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى » ·

وقد عدلت هذه الفقرة بحذف كلمة « الزراعية » المذكورة بعد كلمة « الاراضى » ، حتى تنصرف كلمة « الاراضى » الى الاراضى الزراعية والأراضى الفضاء على السواء · ويتفق هذا التعديل مع الرأى الراجح فى الفقه ·

وعدلت بتحديد السنتين اللتين تكون الأجرة المستحقة عنهما ممتازة بأنهما السنتان الأخيرتان من مدة الأجرة المتأخرة · ويتفق هذا التعديل مع الرأى الراجح فى الفقه ·

وعدلت ببيان ان المنقولات التى يقع عليها الامتياز هى المنقولات المادية التى تعد لاستعمال العين المؤجرة ، بمعنى انها المنقولات المادية التى تجهز بها العين المؤجرة ·

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستاجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » ·

وقد عدلت صياغة هذه الفقرة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، بحيث يتضح ان المنقولات المملوكة لزوجة المستاجر يقع عليها الامتياز ، سواء أكان المؤجر يعلم بانها مملوكة لزوجة المستاجر أم لم يعلم ·

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثالثة من المادة ١١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستاجر من الباطن ، اذا كان المؤجر قد أشترط صراحة عدم الايجار من الباطن · فاذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستاجر الاصلى فى ذمة المستاجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر » ·

وقد عدلت هذه الفقرة فى ضوء مايقضى به قانون الاصلاح الزراعى ، وقانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر ·

فالمادة ٣٢ من قانون الاصلاح الزراعى (معدلة بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) تحظر على المستاجر التاجير من الباطن أو النزول عن الايجار ، وتجعل الجزاء على مخالفةذلك

هو البطلان ، سواء بالنسبة الى عقد التأجير من الباطن أو النزول عن الايجار أو بالنسبة الى عقد الايجار الأصلى . وقد نقل المشروع هذا الحكم فى المادة ٦٠٧ منه الواردة فى ايجار الأراضى الزراعية .

والمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ التى ألغت المادة ٣١ من قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تجيز للمؤجر ان يطلب اخلاء المكان المؤجر اذا ثبت ان المستأجر نزل عن الايجار أو أجر من الباطن بغير اذن كتابى صريح من المالك للمستأجر الأصلى .

وبناء على ذلك ، فانه بمقتضى المادة المقترحة يختلف الحكم بحسب ما اذا كان التأجير من الباطن ممنوعا أم غير ممنوع . ففى الحالة الأولى يقع الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن وقوعه على منقولات المستأجر الأصلى كما لو لم يكن هناك ايجار من الباطن . وفى الثانية لا يكون للمؤجر امتياز على هذه المنقولات والمحصولات الا بقدر ما يكون المستأجر من الباطن ملزما به قبل المستأجر الأصلى فى الوقت الذى ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن .

اما الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الخامسة والرابعة من المادة ١١٤٣ من التقنين الحالى ، وقد اختلف ترتيبهما فى المادة المقترحة عنه فى المادة ١١٤٣ من التقنين الحالى مراعاة للسياق المنطقى فى المادة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١٥ و ٣١٦ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٧٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ١٤٣٧ – ١٤٣٩ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٠٧٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٣٠)

١ – يكون للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن اجرة الاقامة والمؤونة وما انفق لحسابه امتياز على الامتعة التى احضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته .

٢ – ويقع الامتياز على الامتعة ، ولو كانت غير مملوكة للنزيل ، اذا لم يثبت ان صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط الا تكون تلك الامتعة مسروقة او ضائعة .

٣ – ولصاحب الفندق ان يعارض فى نقل الامتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملا . فاذا نقلت الامتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فان حق الامتياز يبقى قائما عليها دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية .

٤ – وتكون لامتياز صاحب الفندق ذات المرتبة التى لامتياز المؤجر . فاذا تزاحم الحقان قدم الاسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

ويلاحظ ان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة المقترحة تشملهما فقرة واحدة فى المادة ١١٤٤ من التقنين الحالى ، وهى الفقرة الثانية من هذه المادة . ولكن رؤى ان تفرد فقرة ثالثة للحكم الخاص بحق صاحب الفندق فى المعارضة فى نقل الامتعة ، لان هذا الحكم ينصرف الى الفقرتين السابقتين معا . وبذلك اصبحت الفقرة الثالثة فى المادة ١١٤٤ من التقنين الحالى هى الفقرة الرابعة فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣١٨ و ٣١٩ .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٣٨٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادتين ١٤٤٢ و ١٤٤٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ١٠٧٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٣١)

١ – يكون لما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وللمقايض من معدل امتياز على المبيع أو المقايض به ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع أو المقايض به محتفظا بذاتيته . وهذا دون اخلال بالحقوق الى كسبها الغير بحسن نية ، ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد التجارية .

٢ – ويكون هذا الامتياز تاليا فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، الا انه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق اذا ثبت انهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع و المقايض به فى العين المؤجرة أو الفندق .

هذه المادة تقابل المادة ١١٤٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته ، وهذا دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية .

٢ – ويكون هذا الامتياز تاليا فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، الا انه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق اذا ثبت انهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق » .

وقد ادخل على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديل لفظى . وحذفت كلمة « الشىء » الواردة قبل كلمة « المبيع » ضبطا لعبارة النص . واضيف معدل المقايضة ، حتى يكون للمقايض على منقول امتياز لضمان ما يستحق من معدل على المنقول المقايض به اسوة بالبائع .

وفى الفقرة الثانية استبدلت عبارة « الا أنه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق » بعبارة « الا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق » زيادة فى الايضاح .

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢١ و ٣٢٢ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٧٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ١١٤٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٤٤٤ من التقنين الأردنى التى تتفق مع المادة ١١٤٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ١٠٧٨ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ١١٤٥ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ١١٣٢)

١ – للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

٢ – وتكون لامتياز المتقاسم ذات المرتبة التى لامتياز البائع أو المقايض ، فإذا تزاحم الحقان قدم الاسبق فى التاريخ .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤٦ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « أو المقايض » فى الفقرة الثانية اتساقا مع حكم المادة السابقة .

وتطابق المادة ١٠٧٩ من التقنين الكويتى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة لم تذكر المقايض .

وتتفق مع المادة ١٣٧٧ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة لم تذكر المقايض .

وتتفق مع المادة ١٤٤٥ من التقنين الأردنى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة لم تذكر المقايض .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢٣ .

الفرع الثانى

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

(مادة ١١٣٣)

١ – تكون للمبالغ التى انفقت فى حفظ العقار وفيما يلزم له من اصلاح امتياز عليه كله .

٢ – ويجب ان يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

هذه المادة مستحدثة .

فقد رؤى استحداث هذه المادة اسوة بامتياز نفقات حفظ واصلاح المنقول ، اذ ان اساس الامتياز متوافر فى الحالتين . كما ان النص على امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الوارد فى المادة ١١٤٨ من التقنين الحالى لايغنى عن هذا النص المستحدث ، اذ ان نفقات الحفظ والاصلاح قد تكون مستحقة لغيرهم كحائز العقار مثلا .

وفى تطبيق هذه المادة يشمل الحق الممتاز نفقات حفظ العقار واصلاحه اى المبالغ التى انفقت فى حفظ العقار ووقايته من ان يهلك او يتلف كله أو بعضه ، والنفقات التى لولاها لأصبح العقار غير صالح للاستعمال الذى اعد له . ويرد ذلك على الأبنية والقناطر والطرق والآبار والأراضى الزراعية والمراوى والمصارف والبرك . ويستفيد منه المقاول والمهندس وحائز العقار ومستأجره والفضولى اذا قام اى منهم بالصيانة أوالاصلاح .

ولا يشترط ان تكون المبالغ قد انفقت بقصد حفظ العقار أو إصلاحه ، بل يكفى ان تكون قد أدت فعلا الى الحفظ أو الاصلاح .

ويقع الامتياز على كل العقار الذى تمت صيانته أو اصلاحه ، لا على ما زاد فيه بسبب الحفظ والاصلاح .

ويجب قيد هذا الامتياز ، ويعين مرتبته تاريخ قيده .

(مادة ١١٣٤)

١ – يكون لما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته وللمقايض من معدل امتياز على العقار المبيع أو المقايض به .

٢ – ويجب ان يقيد هذا الامتياز ولو كان عقد البيع أو المقايضة مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

هذه المادة تقابل المادة ١١٤٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .

٢ – ويجب ان يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باضافة معدل المقايضة ، حتى يكون للمقايض على عقار امتياز لضمان ما يستحق من معدل على العقار المقايض به اسوة بالبائع .

كما عدلت الفقرة الثانية فى ضوء التعديل الذى ادخل على الفقرة الاولى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٨٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢٦ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٧٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٤٤٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٠٨٠ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ١١٤٧ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ١١٣٥)

١ - يكون للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد اليهم فى تشييد ابنية أو منشآت أخرى أو فى اعادة تشييدها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

٢ - ويجب ان يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

هذه المادة تقابل المادة ١١٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

«١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى اعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

٢ - ويجب ان يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بحذف المبالغ التى انفقت فى الترميم والصيانة ، نظرا لدخولها فى النص العام الذى استحدث ، وهو المادة ١١٣٣ من المشروع .

كما عدلت صياغة هذه الفقرة بحيث يشمل الامتياز ما هو مستحق للمهندسين عموما ، دون قصره على المهندسين المعماريين . وذلك نظرا الى ان المبانى وغيرها من المنشآت تقتضى اعمالا من مهندسين من تخصصات مختلفة ، معماريين ومدنيين وكهربائيين وغير ذلك .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٩٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٣٢٨و٣٢٩

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٧٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ١٠٨١ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٣٦)

١ - للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

٢ - ويجب ان يقيد هذا الامتياز ولو كان عقد القسمة مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

هذه المادة تتفق مع المادة ١١٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب ان يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ١٥٩١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٣١ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١٣٨٠ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١٤٤٧ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ١٠٨٢ من التقنين الكويتى .

الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٢٠٤٩٢ — ١٩٨١ — ٢٠٠٠